

Samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10: Grensen mot ensidige handlinger

Kandidatnummer: 597

Leveringsfrist:

25.4.2008

Til sammen 17 620 ord

05.09.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Forholdet mellom norsk rett og EU-rett	3
1.3	Konkurranseloven § 10	4
1.3.1	Begrepet ”avtale” i konkurranseloven § 10 første ledd	5
1.3.2	Begrepet ”samordnet opptreden” i konkurranseloven § 10 første ledd	6
1.3.3	Begrepet ”beslutning” i konkurranseloven § 10 første ledd	6
1.3.4	Forholdet mellom de forskjellige samarbeidsformene i konkurranseloven § 10 første ledd.	7
1.4	Forholdet mellom konkurranseloven §§ 10 og 11	8
1.5	Avgrensninger i oppgaven	9
1.5.1	Avgrensning mot parallell markedsatferd	9
1.4.2	Avgrensning mot horisontale avtaler	10
<u>2</u>	<u>SKILLET MELLOM ENSIDIGE HANDLINGER OG SAMARBEID</u>	<u>11</u>
<u>3</u>	<u>HANDLINGER HJEMLT I PARTENES AVTALE</u>	<u>14</u>
3.1	BMW	15
3.2	AEG	17
3.3	Ford	21
3.4	Volkswagen I	24
3.5	Volkswagen II	26

3.6	Regler og momenter som kan utledes av rettspraksis	30
3.6.1	Tilbud og aksept	30
3.6.2	Felles interesser	32
3.6.3	Systematisk politikk	32
<u>4</u>	<u>HANDLINGER SOM IKKE ER HJEMLET I PARTENES AVTALE</u>	<u>33</u>
4.1	Tipp-Ex	35
4.2	Sandoz	37
4.3	Bayer	40
4.4	Regler og momenter som kan utledes av rettspraksis	46
4.4.1	Tilbud og aksept	46
4.4.2	Nødvendigheten av samarbeid	50
4.4.3	Sanksjoner	51
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>53</u>
5.1	Felles regler og momenter	53
5.2	Stilltiende aksept – fortsatt uklart	54
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

I lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, (heretter kalt konkurranseloven), er det bestemt i § 10 første ledd at:

”[e]nhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt,[...]”.

Et vilkår for at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse er altså at det foreligger en eller annen form for samarbeid mellom partene, enten gjennom en ”avtale”, ”samordnet opptreden” eller ”beslutning truffet av en sammenslutning av foretak”. Videre i oppgaven vil jeg referere til dette som samarbeidskriteriet.

Temaet for denne oppgaven er hva som vil falle innenfor samarbeidskriteriet og hva som vil falle utenfor når man har med en tilsynelatende ensidig handling å gjøre.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er skillet mellom de handlinger som anses som ensidige, og de handlinger der ensidigheten kun anses å være tilsynelatende og som dermed vurderes som et samarbeid.

Skillet mellom ensidige handlinger og samarbeid har betydning for anvendelsesområdet for konkurranseloven § 10. Hvis en handling blir ansett for å være ensidig, vil den falle utenfor samarbeidskriteriet i § 10 første ledd og dermed utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Blir handlingen derimot ansett for å utgjøre et ledd i et fordekt samarbeid mellom partene, kommer den inn under § 10 første ledd, og handlingen kan bli ansett for å være ulovlig etter konkurransereglene. Dette skillet kan derfor ha avgjørende

betydning for foretak som har opptrådt på en måte som kan bidra til å begrense konkurransen i markedet.

Det har vært vanskelig å sette opp et skille mellom samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og ensidige handlinger. Etter hvert som rettspraksis har klargjort grensen mellom lovlige handlinger og ulovlig samarbeid har foretakene tilpasset seg denne rettspraksisen, og det har blitt hevdet at de har forsøkt å omgå reglene ved å få et samarbeid til å se ut som individuelle handlinger.¹ Dette er hevdet å være en årsak til at domstolene gjentatte ganger har justert sin rettspraksis for å fange opp omgåelsene. Justeringen har i sin tur medført at skillet mellom hva som er lovlig og ikke har blitt uklart. Omgåelsen fra foretakene og den stadige justeringen fra domstolene har også ført til at samarbeidskriteriet har blitt strukket langt, noe jeg skal komme tilbake til senere i oppgaven.

Skillet mellom ensidige handlinger og samarbeid har særlig betydning i tilfeller hvor det drives parallellimport og parallelleksport. Parallellimport og parallelleksport skjer når varer som er produsert for salg i ett land, videreselges til salg i et annet land. Når varene eksporteres ut av det opprinnelige salgslandet kalles dette for parallelleksport, og når varene kommer inn i det nye landet for å selges der kalles dette parallellimport til dette landet. Det som er avgjørende for om det er snakk om parallelleksport og/eller parallellimport, er om produsenten hadde til hensikt at varene skulle bli solgt i andre land. Hvis dette ikke var produsentens hensikt, kalles videresalget for parallelleksport og/eller parallellimport.² Et eksempel på dette kan være en produsent som distribuerer varene sine gjennom et nettverk av distributører og som ønsker å hindre at hans distributører i ett land videreselger varene til et annet land. Det enkleste ville være å inngå en avtale med distributørene om å ikke eksportere varer. Siden produsenten ofte er den dominerende parten i forholdet mellom dem, vil distributøren som regel følge produsentens politikk og gå med på et eksportforbud hvis produsenten vil innføre det. En slik avtale med distributøren vil imidlertid stride mot konkurranseloven § 10, og produsenten vil derfor

¹ O. Odudu, *The boundries of EC Competition Law*, 2006, side 59.

² C.Stothers, *Parallel Trade in Europe*, 2007, side 2.

forsøke å unngå et direkte samarbeid med distributøren. Dette kan produsenten gjøre ved å handle ensidig overfor distributøren. Problemet er at det ofte vil være vanskelig for produsenten å gjennomføre en politikk uten hjelp fra distributørene og disse tilsynelatende ensidige handlingene er derfor ofte et forsøk på å omgå konkurransereglene. Domstolen har derfor utvidet samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd for å fange opp denne omgåelsen.

Skillet mellom ensidige handlinger og samarbeidskriteriet er også aktuelt i forhold til prissamarbeid³. Her vil det på samme måte kunne være aktuelt for partene å omgå konkurransereglene ved å utføre tilsynelatende ensidige handlinger, i stedet for å inngå et direkte samarbeid.

1.2 Forholdet mellom norsk rett og EU-rett

Selv om jeg i denne oppgaven tar utgangspunkt i den norske konkurranseloven og norsk rett, bygger oppgaven tilnærmet utelukkende på EU-rettslige rettskilder. I forarbeidene til konkurranseloven er det slått fast at konkurranseloven §§ 10 og 11 skal tilsvare EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 tilsvare EF-traktaten 81 og 82.⁴ Det understrekes imidlertid også i forarbeidene at en harmonisering av de skrevne reglene ikke uten videre innebærer at norsk rettspraksis alltid skal være identisk med praksis i EU og EØS.⁵ I dette tilfellet kan det likevel fastslås at det ikke finnes noen hensyn som skulle tilsi at rettspraksis fra EU ikke skal kunne legges til grunn for de norske reglene. EF-domstolens tolking av EF-traktatens artikkel 81 legges derfor direkte til grunn for tolkingen av konkurranseloven § 10⁶, og videre i oppgaven er det underforstått at skillet

³ Se for eksempel *AEG* nedenfor i punkt 3.2 der AEG ble ansett for å ha samarbeidet med distributøren for å opptrettholde et visst prisnivå.

⁴ NOU-2003-12. Ny konkurranselov, punkt 4.3.1.

⁵ Ibid. punkt 4.3.1.

⁶ Se F.Sejerstad m.fl., *EØS-rett*, 2004, side 470.

mellom ensidige handlinger og samarbeidskriteriet i konkurranse-loven § 10 første ledd følger det skillet som har utviklet seg i rettspraksis fra EU.

At skillet mellom ensidige handlinger og samarbeidskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 vil følge skillet som er satt opp i forhold til EF-traktatens artikkel 81 bekreftes også av rettspraksis fra EFTA-domstolen. I *Opel Jæger*⁷ ble anvendelsesområdet til EØS-avtalens artikkel 53 drøftet i forhold til ensidige handlinger. Her bekrefter EFTA-domstolen at ensidige handlinger faller utenfor artikkel 53, og definisjonen av ”avtale” er identisk med den definisjonen som er etablert i forhold til EF-traktatens artikkel 81(1). EFTA-domstolen viser kun til rettspraksis fra EU når de skal gjøre rede for artikkel 53 sitt anvendelsesområde.⁸ Dette bekrefter at skillet mellom ensidige handlinger og samarbeidskriteriet i norsk rett vil følge det skillet som har blitt satt opp i EU-retten.

1.3 Konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 er ment å fange opp avtaler og samarbeid mellom selskaper som vil være konkurransebegrensende. Det er som nevnt et vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse at det foreligger en eller annen form for samarbeid mellom to eller flere foretak. Dette samarbeidet blir i konkurranse-loven § 10 første ledd referert til som ”avtale”, ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak” og ”samordnet opptreden”. I det følgende skal jeg gjøre rede for hvordan disse begrepene er definert i rettspraksis og hvordan forholdet mellom dem er definert.

⁷ Sak E-3/97, *Jæger mot Opel Norge AS*, REC 1998.

⁸ Ibid. premiss 35.

1.3.1 Begrepet "avtale" i konkurranseloven § 10 første ledd

Generelt defineres en avtale som en overenskomst mellom to eller flere parter som stifter rettigheter og plikter for dem og som dannes ved en kombinasjon av et tilbud fra den ene parten som besvares med en aksept fra den annen part.⁹ Avtalebegrepet i konkurranseloven § 10 første ledd defineres i utgangspunktet på samme måte som i den generelle avtaleretten.¹⁰ Det avgjørende både i den generelle avtaledefinisjonen og i forhold til avtalebegrepet i konkurranseloven § 10 første ledd er om det finnes en felles vilje om enighet mellom partene.¹¹

Selv om det er likheter mellom hva som ligger i den generelle avtaledefinisjonen og hva som skal til for at det foreligger en "avtale" i konkurranseloven § 10 første ledd, har rettspraksis utviklet et eget avtalebegrep under konkurranseloven § 10 første ledd. Dette avtalebegrepet har gjennom rettspraksis fått et vidt innhold. Det er ikke noe krav at det skal være en rettslig bindende avtale¹² og formen på avtalen er uten betydning¹³. Her er det nok at partene har uttrykt en felles vilje om å opptre på markedet på en bestemt måte.¹⁴ Hvis for eksempel en distributør har igangsatt parallelleksport og produsenten uttrykker overfor denne distributøren et ønske om å stoppe parallelleksporten, og distributøren som en følge av dette stopper videresalget, vil dette være nok til at det kan sies å være inngått en "avtale" under konkurranseloven § 10 første ledd.

⁹ J.Gisle, *Jusleksikon*, 2002, side 29.

¹⁰ O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law*, 2006, side 61.

¹¹ Ibid., side 61.

¹² Sak 209/78, *Van Landewyck v. Commission*, [1980] E.C.R. 3125, premiss 85-91.

¹³ Se for eksempel sak 28/77, *Tepea v. Commission* [1978] E.C.R. 1391, premiss 17-57, der en uformell muntlig avtale ble ansett som en "avtale" i artikkel 81s forstand.

¹⁴ Sak 209/78, *Van Landewyck v. Commission*, [1980] E.C.R. 3125, premiss 85-91.

1.3.2 Begrepet "samordnet opptreden" i konkurranseloven § 10 første ledd

"Samordnet opptreden" er et begrep som er ment å skulle fange opp de samarbeid som avtalebegrepet ikke fanger opp. Det vil si i de tilfellene hvor kontakten mellom partene er så løs at det ikke kan kalles en "avtale". EF-domstolen har definert "samordnet opptreden" som:

*"... a form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition."*¹⁵

For det første må det foreligge en form for kontakt mellom partene,¹⁶ og denne kontakten kan godt være indirekte for eksempel gjennom en tredjemann.¹⁷ For det andre må det foreligge en enighet eller felles forståelse mellom foretakene.¹⁸ Det er heller ikke noe krav at foretaket som mottar informasjon er aktiv på noen måte. Dette foretaket kan godt forholde seg passiv så lenge det kan påvises at det er enighet eller felles forståelse mellom foretakene.¹⁹

1.3.3 Begrepet "beslutning" i konkurranseloven § 10 første ledd

Når det gjelder en "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak" i konkurranseloven § 10 første ledd, er dette gjort til en del av samarbeidskriteriet for å fange opp også slike samarbeid som foregår innenfor en sammenslutning av foretak og ikke bare samarbeid mellom forskjellige foretak. I likhet med avtalebegrepet og samordnet opptreden, er "beslutning" tolket vidt av EF-domstolen. Det avgjørende for om noe anses for å være en

¹⁵ Forenede saker 48/69, 49/69 og 51-57/69, *ICI v. Commission* [1972] E.C.R. 619, premiss 64.

¹⁶ Se C-199/92 P, *Hüls AG v. Commission* [1999] E.C.R. I-4287.

¹⁷ Forenede saker 100-103/80, *MDF v. Commission* [1983] E.C.R. 1825.

¹⁸ O.Kolstad og A.Ryssdal, *Norsk Konkurranserett*, 2007, side 232-233.

¹⁹ Forenede saker T-25/95 etc., *Cimenteries v. Commission*, [2000] E.C.R. II-491.

”beslutning” som er truffet av en sammenslutning av foretak, er om det som gjøres er egnet til å begrense konkurransen. Formen er uten betydning.²⁰

1.3.4 Forholdet mellom de forskjellige samarbeidsformene i konkurranseloven § 10 første ledd.

Konkurranseloven § 10 skiller som nevnt mellom ”avtale”, ”beslutning” og ”samordnet opptreden”. Er det snakk om noe som har skjedd innenfor en sammenslutning av foretak, er det klart at det er beslutningsalternativet som skal påvises, men skillet mellom ”avtale” og ”samordnet opptreden” er ikke skarpt. Spørsmålet er om det overhodet er noe poeng i å skille mellom disse to samarbeidsformene. Generaladvokat Reischl har uttalt at det ikke er noe poeng i å definere et eksakt skille mellom ”avtale” og ”samordnet opptreden”.²¹ Det er også fastslått i rettspraksis at det ikke er noe krav at opptreden skal kunne klassifiseres som det ene eller det andre²², og domstolene har av og til brukt en samlebetegnelse, ”avtale” og/eller ”samordnet opptreden”²³. Domstolene bruker ofte begrepet ”avtale” når de vurderer om et samarbeid foreligger, men domstolene forklarer ikke alltid hvorfor det er snakk om en ”avtale” og ikke ”samordnet opptreden” i det enkelte tilfellet. Når handlingene inneholder elementer både fra begrepet ”avtale” og begrepet ”samordnet opptreden” er det ikke noe poeng for domstolene å forklare hvorfor handlingene kommer inn under det ene eller det andre begrepet, og det kan være at domstolene for klarhets og

²⁰ Sak 96/82, *IAZ International Belgium NV v. Commission* [1983] E.C.R. 2117, jfr. O.Kolstad og A.Ryssdal, *Norsk Konkurranserett*, 2007, side 249-250.

²¹ Generaladvokat Reischls forslag til avgjørelse i sak 209/78, *Van Landewyck v. Commission* [1980] E.C.R. 3125, [1981], avsnitt 185.

²² Dette ble fastslått i T-305/94, *NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission* [1999] E.C.R. II-931, premiss 696, og senere bekreftet av EF-domstolen i C-49/92, *ANIC v. Commission* [1999] E.C.R. I-4125, premiss 132-133.

²³ En slik samlebetegnelse ble brukt av Kommisjonen i PVC-avgjørelsen 94/599, IV/31.321, inntatt i O.J. L 239/14, og Førsteinstansdomstolen var enig i at Kommisjonen kunne anvende en slik samlebetegnelse, jfr. T-305/94, *NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission* [1999] E.C.R. II-931, premiss 696.

enkelhets skyld bare bruker det ene begrepet.²⁴ Det kan imidlertid også være at det i noen tilfeller språklig sett vil være et poeng å skille mellom ”avtale” og ”samordnet opptreden” fordi det ene alternativet passer bedre med den konkrete situasjonen.²⁵ Så lenge det kan påvises en eller annen form for samarbeid mellom partene er det likevel ikke avgjørende om en opptreden kan klassifiseres som en ”avtale” eller ”samordnet opptreden”.

1.4 Forholdet mellom konkurranseloven §§ 10 og 11

Mens konkurranseloven § 10 omhandler konkurransebegrensende opptreden mellom foretak, omhandler konkurranseloven § 11 et foretaks misbruk av sin dominerende stilling i markedet. Den avgjørende forskjellen mellom disse er altså at § 10 krever en form for samarbeid mellom to eller flere foretak, mens § 11 regulerer ensidig opptreden fra et dominerende foretak. Den ene bestemmelsen kan ikke utelukke anvendelsen av den andre og omvendt. Begge bestemmelsene kan anvendes på samme avtale eller opptreden.²⁶ Slik sett er konkurranseloven §§ 10 og 11 uavhengige av hverandre.

Samtidig kan man si at skillet mellom ensidig opptreden og samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd, også representerer skillet mellom §§ 10 og 11. I *Bayer*²⁷ ble det for eksempel lagt vekt på av EF-domstolen at ved å strekke samarbeidskriteriet for langt ville man kunne forvirre anvendelsesområdet til EF-traktatens artikkel 81 med anvendelsesområdet til artikkel 82.²⁸ Hele systemet i EF-traktaten når det gjelder konkurransereglene er bygd opp på skillet mellom ensidig opptreden av et foretak, som behandles av artikkel 82, og samarbeid mellom foretak, som fanges opp av artikkel 81. Det kan derfor argumenteres med at en for utvidende tolking av samarbeidskriteriet i artikkel 81 (og konkurranseloven § 10) strider mot dette grunnleggende skillet som er satt opp i

²⁴ R.Whish, *Competition Law*, 2003, side 94.

²⁵ Ibid., side 94.

²⁶ F.Wijckmans, F.Tuytschaever og A.Vanderelst, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, 2006, side 9.

²⁷ Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], ECR I-23.

konkurranseretten, og at EF-traktatens artikkel 82 (og konkurranselovens § 11) derfor burde utgjøre en skranke for den utvidende tolkingen av samarbeidskriteriet. I praksis vil imidlertid § 11 sjelden være et alternativ i saker der skillet mellom ensidige handlinger og samarbeid er aktuelt. I slike saker vil det som oftest være klart at produsentens foretak ikke er dominerende på markedet. Problemstillingen ovenfor vil derfor ikke bli drøftet videre i oppgaven.

1.5 Avgrensninger i oppgaven

1.5.1 Avgrensning mot parallell markedsatferd

Problemstillingen i denne oppgaven er skillet mellom samarbeid som omfattes av konkurranseloven § 10 første ledd og ensidige handlinger. Ensidige handlinger faller utenfor anvendelsesområdet for § 10. Konkurranseloven § 10 og samarbeidskriteriet har imidlertid også en nedre grense mot tilfeller der partene opptrer som om de skulle ha samarbeidet uten å faktisk samarbeide. Hvis utfallet av partenes handlinger er som om de skulle ha samarbeidet uten at det blir påvist et faktisk samarbeid, går det et vanskelig skille mellom ”samordnet opptreden” og parallell markedsatferd. Dette vil være tilfeller hvor man har å gjøre med et gjennomsiktig marked der partene vil kunne opptre som om de har koordinert sin markedsatferd uten at dette er avtalt.²⁹ Dette kan også ses på som ensidige handlinger fra begge parter, og også her må det trekkes en grense mot samarbeidskriteriet.³⁰ Dette vurderingstemaet ligger imidlertid utenfor problemstillingen i denne oppgaven. I fortsettelsen avgrenses det derfor mot den nedre grensen av ”samordnet opptreden” som grenser mot parallell markedsatferd.

²⁸ Ibid. premiss 101.

²⁹ A.Jones og B.Sufrin, *EC Competition Law*, 2008, side 911.

³⁰ Se særlig *Dyestuffs*, Forenede saker 48/69, 49/69 og 51-57/69 [1972] E.C.R. 619, *Suiker Unie*, Forenede saker 40-48, 50, 54-56, 111 og 113-114/73 [1975] E.C.R. 1663, *Züchner*, sak 172/80 [1980] E.C.R. 2021, og *Wood Pulp II*, Forenede saker C-89, 104, 114, 116-117 og 125-129/85 [1993] E.C.R. I-1307, jfr. A.Jones og B.Sufrin, *EC Competition Law*, 2008, side 911 flg.

1.4.2 Avgrensning mot horisontale avtaler

I konkurranseretten går det et viktig skille mellom vertikale og horisontale avtaler. Horisontale avtaler er avtaler mellom foretak som opererer på samme nivå i produksjons- eller distribusjonsskjeden, for eksempel en avtale mellom to produsenter. Horisontale avtaler er med andre ord en avtale mellom konkurrenter. Vertikale avtaler derimot er avtaler mellom foretak som opererer på ulike nivåer på produksjons- eller distribusjonsskjeden. Dette vil typisk være avtaler mellom produsenten og dens grossister eller forhandlere.³¹ Tradisjonelt sett er det de horisontale avtalene som har blitt sett på som konkurranseskadelige, men i *Consten og Grundig*³² fastslo EF-domstolen at også vertikale avtaler kan stride mot konkurransereglene.

Denne oppgaven dreier seg om de vertikale avtalene og avgrenses derfor mot de horisontale avtalene. Det som skal behandles i denne oppgaven dreier seg dermed kun om samarbeid mellom foretak som opererer på ulike nivåer på produksjons- og distribusjonsskjeden. Det er her skillet mellom ensidige handlinger og samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd har vært mest aktuelt, og det meste av den rettspraksis som har vært med på å klargjøre skillet omhandler vertikale forhold. Når man snakker om ensidige handlinger og forholdet mellom to konkurrenter (horisontale avtaler) blir situasjonen ofte en annen enn i vertikale forhold. I slike tilfeller vil ofte problemstillingen være av den typen som det er avgrenset mot i punkt 1.4.1, og da vil det ikke være aktuelt og drøfte de samme problemstillingene som vil drøftes i denne oppgaven. Skillet mellom samarbeidskriteriet og ensidige handlinger vil imidlertid også være aktuelt i forhold til horisontale avtaler³³, og det som drøftes i denne oppgaven vil gjelde tilsvarende der den samme problemstillingen reiser seg i forhold til horisontale avtaler. Jeg ser det imidlertid

³¹ F.Wijckmans, F.Tuytschaever og A.Vanderelst, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, 2006, side 3.

³² Forende saker 56/64 og 58/64, *Consten and Grundig v. Commission* [1966] E.C.R. 299.

³³ Se for eksempel samlede saker T-44/02 etc, *Dresdner Bank v. Commission* [2006] E.C.R. II-3567, der det var snakk om et påstått horisontalt samarbeid mellom to banker. Førsteinstansretten anvendte samme doktrine som i Bayer-saken, og spurte om det var snakk om "concurrence of wills", (se punkt 4.3), men kom til at det ikke var bevist at møtet mellom bankene utgjorde noen "avtale".

som hensiktsmessig å avgrense oppgaven mot horisontale avtaler, da problemstillingen først og fremst har praktisk betydning i forhold til de vertikale avtalene.

2 Skillet mellom ensidige handlinger og samarbeid

For å skille mellom samarbeid som faller inn under konkurranseloven § 10 første ledd og ensidige handlinger har det blitt oppstilt et skille i rettspraksis mellom de handlingene som virkelig kan kalles ensidige og de som kan virke ensidige, men som etter en vurdering anses for å være et fordekt samarbeid mellom partene. Dette skillet ble slått fast i *Bayer v. Commission*³⁴, hvor Førsteinstansdomstolen slo fast at:

*”... a distinction should be drawn between cases in which an undertaking has adopted a genuinely unilateral measure, and thus without the express or implied participation of another undertaking, and those in which the unilateral character of the measure is merely apparent. Whilst the former do not fall within [i dag artikkel 81(1)], the latter must be regarded as revealing an agreement between undertakings and may therefore fall within the scope of that article.”*³⁵

Dette innebærer at det kun er de handlingene som regnes som ensidige som faller utenfor konkurranseloven § 10, mens de handlinger som tilsynelatende er ensidige, men som anses som en del av et samarbeid, vil omfattes av samarbeidskriteriet. Videre i denne oppgaven skal jeg derfor gjøre rede for dette skillet, og vise hva som skal til for at en handling skal kunne karakteriseres som ensidig.

³⁴ T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2000] E.C.R. II-3383.

³⁵ T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2000] E.C.R. II-3383, premiss 7.

Gjennom rettspraksis fra EF-domstolen har det også utviklet seg et skille mellom saker som faller innenfor samarbeidskriteriet fordi de tilsynelatende ensidige handlingene blir ansett for å være hjemlet av en overordnet, generell forhandleravtale og handlinger som faller innenfor samarbeidskriteriet uten å være hjemlet i en overordnet avtale.³⁶ Hvis man har en overordnet generell forhandleravtale som styrer forholdet mellom partene vil det naturlige første steget for å finne ut av om handlingene er ensidige eller en del av samarbeidskriteriet være å vurdere om handlingene kan anses hjemlet i denne avtalen. I disse tilfellene vil spørsmålet være om handlingen kan anses som en integrert del av den generelle avtalen. Hvis dette er tilfellet er det klart at samarbeidskriteriet er oppfylt, og det må da vurderes om den generelle avtalen, sett i sammenheng med de aktuelle handlingene, bryter med konkurransereglene. Kommer man derimot til at handlingene ikke kan hjemles i den overordnede avtalen, eller hvis det ikke finnes en slik avtale, må man gå videre til neste steg og vurdere om handlingene anses for å være et samarbeid på bakgrunn av partenes opptreden. Spørsmålet her blir om handlingene isolert sett kan sies å utgjøre et fordekt samarbeid mellom partene, og vurderingstemaet blir partenes opptreden.³⁷

Skillet mellom avtalehjemlede handlinger og handlinger som anses som et samarbeid på bakgrunn av partenes opptreden er fremhevet av Generaladvokaten både i *Bayer*³⁸ og i *Volkswagen II*³⁹. Generaladvokat Tizzano understreker i sitt forslag til avgjørelse i *Bayer* at dommer som *Ford*, *AEG* og *BMW* omhandler andre spørsmål enn det som skal vurderes i den aktuelle saken. Generaladvokat Tizzano fremholder i sine uttalelser:

”In reality, the Court did not [i Ford, AEG eller BMW] consider whether the measures adopted constituted agreements in themselves but rather whether they were separate and distinct with respect to the agreements by which the selective

³⁶ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sak C-74/04 *Volkswagen II*, avsnitt 41-45.

³⁷ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sak C-74/04 *Volkswagen II*, avsnitt 41-45.

³⁸ Forende saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23.

³⁹ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sak C-74/04 *Volkswagen II*.

distribution systems were established and governed, and hence unilateral, or whether on the contrary they were in fact covered by those agreements, of which they effectively came to form an integral part”⁴⁰

Generaladvokaten sier altså at spørsmålet som ble drøftet i *Ford*, *AEG* og *BMW* var et annet enn det som skulle drøftes i *Bayer*, da det i de første tilfellene var spørsmål om handlingene var omfattet av de overordnede avtalene for de selektive salgssystemene og dermed ble en integrert del av disse. I *Bayer* derimot var spørsmålet om handlingene i seg selv utgjorde et samarbeid på bakgrunn av partenes opptreden.⁴¹

Det er viktig å understreke at det skillet som er satt opp ovenfor ikke er absolutt i den forstand at de forskjellige dommene som tas til inntekt for det ene tilfellet ikke også kan kaste lys over det andre tilfellet. En av grunnene til at det er vanskelig å sette opp et fullstendig klart skille er at EF-domstolen ikke alltid uttrykker seg klart i sine avgjørelser. Utad kan det virke som om dommen er i harmoni med resten av rettspraksis, mens man i virkeligheten ser at dommene kan motsi hverandre på enkelte punkt. En annen grunn til at skillet er uklart er at regler og momenter som viser seg å være viktige under det ene tilfellet også kan få betydning under det andre tilfellet. Jeg vil komme tilbake til denne problemstillingen senere i oppgaven, se del 4 samt oppsummeringen i del 5 (punkt 5.1). Videre i oppgaven forholder jeg meg likevel til at dette skillet faktisk vil ha rettslig betydning for hvilke vurderinger som gjøres i de forskjellige tilfellene og jeg vil i det følgende anvende skillet for å klargjøre når en tilsynelatende ensidig handling anses å falle inn under konkurranseloven § 10 første ledd og ikke.

⁴⁰ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sakene C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer*, 2003, avsnitt 68.

⁴¹ Se redegjørelse for dommene under punktene 3.1, 3.2, 3.3 og 4.3.

3 Handlinger hjemlet i partenes avtale

Handlinger som kan sies å være hjemlet i en overordnet avtale mellom to eller flere foretak, forekommer typisk i selektive salgssystemer. I slike avtaleforhold er det en produsent som har et nettverk av utvalgte forhandlere som skal selge produktene videre. Dette forholdet styres gjerne av en overordnet forhandleravtale som gjelder mellom produsenten og de utvalgte forhandlerne, og avtalen inneholder som oftest spesifikke vilkår som forhandleren må oppfylle for å kunne ta del i salgssystemet. Dette systemet innebærer at produsenten gjennom vilkårene i forhandleravtalen kan begrense hvem som får lov til å selge produktene hans.

Hvis det kan fastslås at en tilsynelatende ensidig handling fra en produsent er hjemlet i den overordnede forhandleravtalen som gjelder for et slikt selektivt salgssystem, vil det ikke lenger være noe spørsmål om produsentens handlinger kan utgjøre et samarbeid med forhandlerne. I slike tilfeller vil handlingen være en del av den allerede eksisterende forhandleravtalen og klart inngå i samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd. Vurderingstemaet blir da om den aktuelle forhandleravtalen sett i sammenheng med produsentens handlinger kan anses for å bryte konkurransereglene.

Skulle det vise seg etter en vurdering av den overordnede avtalen at handlingene ikke kan være hjemlet i den aktuelle avtalen, kan det likevel argumenteres for at handlingene faller inn under samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd på bakgrunn av partenes opptreden. Tilfellet må da vurderes etter de regler og momenter som det vil bli redegjort for under del 4.

Det er særlig fire avgjørelser fra EF-domstolen som gir uttrykk for rettstilstanden i de tilfellene hvor man har en overordnet avtale som kan hjemle de tilsynelatende ensidige tiltakene, nemlig *BMW*⁴², *AEG*⁴³, *Ford*⁴⁴ og *Volkswagen I*⁴⁵. Lenge var det usikkert hvor

⁴² Forenede saker 32/78, 36/78 og 82/78, *BMW Belgium and others v. Commission* [1979], E.C.R. 2435.

⁴³ Sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983], E.C.R. 3151.

⁴⁴ Forenede saker 25/84 og 26/84, *Ford-Werke and Ford of Europe Inc v. Commission* [1985], E.C.R. 2575.

grensen gikk i disse tilfellene, men nylig ble det avsagt en dom i EF-domstolen i den såkalte *Volkswagen II*⁴⁶ der grensen for hva som kan sies å inngå som en integrert del av den overordnede avtalen ble klargjort nærmere. I det følgende skal det, med utgangspunkt i de nevnte dommene, gjøres rede for rettstilstanden for disse tilfellene og for hva som skal til for at tilsynelatende ensidige handlinger blir ansett som en del av den overordnede avtalen mellom partene.

3.1 BMW

*BMW*⁴⁷ omhandlet en standard forhandleravtale mellom BMWs belgiske datterselskap og de utvalgte forhandlerne i Belgia. Denne avtalen fastslo at forhandlerne bare hadde lov til å selge kjøretøy eller deler til forhandlere som var godkjente for distribusjon. Det ble etter hvert introdusert statlige tiltak fra myndighetene i Belgia som førte til at prisene på BMW biler ble betydelig lavere i Belgia enn i andre europeiske medlemsland. Dette gjorde parallell eksport lønnsomt for belgiske forhandlere. BMW informerte derfor sitt belgiske datterselskap om problemet med parallell eksporten fra landet og mente dette var skadelig for forholdet til andre BMW forhandlere i visse områder. BMW Belgia på sin side sendte ut brev til forhandlerne hvor de gjorde dem oppmerksom på hva deres distribusjonspolitik gikk ut på. Forhandlerne fikk beskjed om at de forhandlere som solgte til ikke-godkjente forhandlere utenfor Belgia brøt med forhandleravtalen og BMW Belgia gjorde det klart at parallell eksport ikke var godtatt av produsenten. Forhandlerne ble bedt om å signere og returnere en kopi av brevet dersom de støttet denne distribusjonspolitikken. De fleste av forhandlerne returnerte signerte kopier, og i tillegg fikk distribusjonspolitikken godkjenning fra en komité som representerte BMWs forhandlere der åtte av forhandlerne var medlem.

⁴⁵ C-338/00P, *Volkswagen AG v. Commission* [2003], E.C.R. I-9189.

⁴⁶ C-74/04P, *Volkswagen AG v. Commission* [2006], E.C.R. I-6585.

⁴⁷ Forenede saker 32/78, 36/78 og 82/78, *BMW Belgium and others v. Commission* [1979], E.C.R. 2435.

På bakgrunn av de sirkulærene som ble sendt ut av BMW avgjorde Kommisjonen i 1977 at BMW hadde ilagt forhandlerne et eksportforbud og at det derfor forelå to avtaler mellom BMW og deres forhandlere som var ulovlige etter artikkel 85(1) i EF-traktaten, (nå artikkel 81(1)). Både BMW og forhandlerne ble bøtelagt, men BMW ble straffet betydelig hardere enn forhandlerne.

BMW brakte saken inn for EF-domstolen og hevdet at brevene som ble sendt ut ikke kunne utgjøre noe eksportforbud og at de uansett måtte anses som ensidige handlinger som ikke kunne omfattes av artikkel 85(1) (nå artikkel 81(1)). EF-domstolen konkluderte med at det som ble sagt i sirkulærene som ble sendt ut til forhandlerne klart innebar et eksportforbud.⁴⁸ Videre sa domstolen at innholdet i brevene samt signeringen fra forhandlerne og bekreftelsen fra komiteen, viste at de hadde en felles intensjon om å stoppe all parallelleksport ut av Belgia.⁴⁹ Selv om det var klart at eksportforbudet ikke var i forhandlerens interesse, var det like klart at de hadde godtatt det. Dette viser at det ikke har noen betydning hvorfor den ene parten godtar den andres handlinger, så lenge det er på det rene at et samtykke er gitt. Partene trenger ikke ha identiske interesser, så lenge det fastslås at de har en felles intensjon om å gjennomføre det avtalen sier.⁵⁰

BMW var den første dommen som slo fast at tilsynelatende ensidige handlinger som er utført av en produsent i et selektivt salgssystem, faller innenfor samarbeidskriteriet fordi de er ansett for å være en integrert del av forhandleravtalen. Dommen klargjorde at slike selektive salgssystemer kombinert med et eksportforbud utgjør et konkurransebegrensende samarbeid mellom produsenten og dens forhandlere. Denne saken var imidlertid ikke særlig tvilsom når det gjaldt samarbeidskriteriet, da alle forhandlere enten hadde signert en godkjenning av produsentens politikk eller var medlem av den rådgivende komiteen som godkjente BMWs politikk. At disse forhandlerne hadde felles intensjoner med BMW om å stoppe parallelleksporten var derfor ikke særlig tvilsomt. Det følger også av dommen at

⁴⁸ Ibid., premiss 22.

⁴⁹ Ibid. premiss 28.

⁵⁰ Se punkt 3.6.2.

partene ikke nødvendigvis trenger å ha identiske interesser i å gjennomføre avtalen så lenge det fastslås at intensjonen om å gjennomføre avtalen er den samme for begge parter.

3.2 AEG

*AEG*⁵¹ gjelder et tysk selskap, AEG-Telefunken, som produserte, utviklet og markedsførte elektroniske produkter. De hadde utviklet et selektivt salgssystem for sine produkter, og dette systemet var basert på en standardkontrakt som oppstilte visse kriterier for de forhandlerne som ville være medlem. Kriteriene var i utgangspunktet objektive og omhandlet blant annet tekniske kvalifikasjoner som de forskjellige forhandlerne måtte oppfylle. AEG hadde annonsert at salgssystemet var åpent for alle som oppfylte de objektive kriteriene. Ordningen som AEG hadde satt opp var i utgangspunktet ikke i strid med konkurransereglene, men når det ble kjent hvordan den praktiske gjennomføringen av ordningen var, satte Kommisjonen i gang en etterforskning. Etterforskningen resulterte i en avgjørelse fra Kommisjonen i 1982 der det ble avgjort at AEG med sin gjennomføring av det selektive salgssystemet hadde brutt artikkel 85 (nå artikkel 81). AEG ble bøtelagt med én million ECU (European Currency Units) av Kommisjonen.

Kommisjonen hevdet i sitt vedtak at AEG hadde prøvd å ekskludere visse typer markedsføring, i tillegg til å ha forsøkt å opprettholde et visst prisnivå ved å diskriminere enkelte forhandlere i det selektive salgssystemet og ved å direkte eller indirekte påvirke prisene som skulle gjelde for alle forhandlerne. Dette hadde i følge Kommisjonen blitt gjort i samarbeid med forhandlerne. AEG på sin side hevdet overfor Kommisjonen at det som var gjort måtte anses som ensidig opptreden som bare omfattet noen få enkeltsaker. AEG argumenterte for at det de hadde gjort bare utgjorde noen små feil fra deres side, og ikke noen systematisk politikk som kunne være en del av kontraktsforholdet med forhandlerne slik Kommisjonen hevdet. Handlingene kunne derfor ikke utgjøre noen ”avtale” under artikkel 85(1) (nå artikkel 81(1)).

⁵¹ Sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983], E.C.R. 3151.

Saken ble brakt inn for EF-domstolen, som sa seg enig med Kommisjonen. EF-domstolen fastslo i likhet med Kommisjonen at AEGs handlinger ikke var ensidige men en integrert del av den overordnede avtalen og at gjennomføringen av det selektive salgssystemet stred mot konkurransereglene. EF-domstolen gikk igjennom de selektive salgssystemenes natur og viste til at hvor disse er basert fullstendig på kvalitative kriterier vil ikke et slikt system nødvendigvis være konkurransebegrensende⁵². Når slike systemer derimot baserer seg på andre kriterier, som for eksempel hvor distributørene selger varene sine til, vil et selektivt salgssystem kunne stride mot konkurransereglene. EF-domstolen fastslo deretter at AEG i den konkrete saken ikke kunne nekte forhandlere å ta del i det selektive salgssystemet med den begrunnelsen at det allerede fantes nok forhandlere i området, når den aktuelle forhandleren oppfylte de objektive kriteriene som var fastslått i forhandleravtalen. Dette var ikke en lovlig handling innenfor et slikt system.⁵³ På spørsmålet om atferden fra AEG sin side var ensidig sa domstolen:

*”On the contrary, it forms part of the contractual relations between the undertaking and resellers. Indeed, in the case of the admission of a distributor, approval is based on the acceptance, tacit or express, by the contracting parties of the policy pursued by AEG which requires inter alia the exclusion from the network of all distributors who are qualified for admission but are not prepared to adhere to that policy”*⁵⁴.

EF-domstolen slo fast at det i slike tilfeller hvor distributøren blir nektet adgang til det selektive salgssystemet hvis han ikke imøtekommer produsentens politikk, ikke er snakk om ensidige handlinger fra produsentens side. Disse handlingene vil derimot være en del av det kontraktsmessige forholdet mellom produsent og forhandler.

⁵² Se sak 26/76 *Metro v. Commission* [1977], E.C.R. 1875, hvor EF-domstolen bekreftet at slike systemer kunne være fullt lovlige så lenge de baserte seg på objektive kriterier av kvalitativ art.

⁵³ Sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983], E.C.R. 3151, premiss 39.

⁵⁴ *Ibid.*, premiss 38.

Handlingene AEG utførte var å nekte de forhandlerne som ikke fulgte politikken adgang til salgssystemet, og disse handlingene kan ikke i seg selv anses som direkte hjemlet i forhandleravtalen. Allikevel fastslo EF-domstolen at AEGs handlinger utgjorde en integrert del av kontraktsforholdet med forhandlerne fordi:

”[...] even refusals to approval are acts performed in the context of the contractual relationship with authorised distributors inasmuch as their purpose is to guarantee observance of the agreements in restraint of competition which form the basis of contracts between manufacturers and approved distributors.”⁵⁵

Når handlingen er en del av et kontraktsforhold i et slikt selektivt salgssystem, vil en forhandler som blir medlem godta den politikken som produsenten fører i og med signeringen av forhandleravtalen. Dette viser at selv om et selektivt salgssystem i seg selv ikke nødvendigvis er konkurransebegrensende, og ensidige handlinger isolert sett faller utenfor artikkel 81(1) (og konkurranselovens § 10), så kan en kombinasjon av disse stride mot konkurransereglene.⁵⁶

På AEGs argument om at deres handlinger bare utgjorde noen få separate enkeltsaker som ikke kunne utgjøre noen systematisk politikk, sa EF-domstolen at de begrensede antall tilfellene som ble funnet bevist i saken måtte indikere at det lå en strategi i bunn, med mindre AEG beviste det motsatte.⁵⁷ Domstolen snudde altså bevisbyrden mot AEG, og dette kan ha hatt avgjørende betydning på sakens utfall.⁵⁸ Dette viser at hvis man kan

⁵⁵ Ibid. premiss 39.

⁵⁶ Generaladvokat Reischls forslag til avgjørelse i sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission*, Common Market Law Review, side 369.

⁵⁷ Sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983], E.C.R. 3151, premiss 46.

⁵⁸ Se Generaladvokat Reischls forslag til avgjørelse i *AEG*, hvor han ved å anvende en normal bevisbyrde kom til at en slik systematisk politikk ikke var blitt bevist av kommisjonen, og derfor konkluderte med at et brudd på artikkel 85(1) (nå artikkel 81(1), ikke var bevist, se Common Market Law Review, side 384.

bevise at en handling fra produsenten faktisk har begrenset paralleleksporten, så skifter bevisbyrden slik at produsenten må bevise at handlingen var en helt isolert enkelthendelse. Dette vil kunne være vanskelig å bevise.⁵⁹ På den annen side var det i *AEG* klart at partene hadde en felles interesse i å begrense parallellimporten for å kunne opprettholde et høyt prisnivå, noe som gjør det lettere å fastslå at handlingene omfattes av samarbeidskriteriet.

AEG klargjorde nærmere hvordan et lovlig selektivt salgssystem skal gjennomføres, og at en nektelse av å oppta en forhandler ikke kan begrunnes med at det finnes nok forhandlere hvis de kvalitative vilkårene er oppfylt. I forhold til skillet mellom samarbeidskriteriet og ensidige handlinger, klargjorde *AEG* at handlinger utført av produsenten utgjør en del av avtaleforholdet mellom partene også på bakgrunn av en stilltiende godkjennelse av politikken fra forhandlerne. Dette utvider samarbeidskriteriet i forhold til *BMW* der forhandlerne uttrykkelig godkjente BMWs politikk ved returnering av signerte kopier. *AEG* gjorde det også klart at en systematisk politikk fra produsentens side vil kunne være avgjørende for om handlinger anses som en integrert del av kontraktsforholdet, og EF-domstolen gjorde det samtidig klart i denne dommen at det eneste som kreves for å bevise en systematisk politikk er noen få hendeleser som utelukker muligheten for at det er snakk om enkeltstående feil fra produsentens side.⁶⁰

⁵⁹ M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, *European Competition Law Review*, side 138.

⁶⁰ Sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983], E.C.R. 3151, premiss 39.

3.3 Ford

*Ford*⁶¹ gjelder bilprodusenten Ford som solgte biler til Tyskland gjennom et selektivt salgssystem. Ford produserte biler både til høyrekjøring og venstrekjøring. Gjennom en plan denne produsenten hadde med sine forhandlere i Tyskland ble det solgt biler til venstrekjøring til private i Tyskland. Det var naturlig nok nesten bare private fra Storbritannia og Irland som reiste til Tyskland for å kjøpe bil. Dette var lønnsomt fordi prisene der var lavere enn i hjemlandet. Salget av biler til venstrekjøring økte kraftig og ble etter hvert en trussel for Ford-importøren i Storbritannia (Ford Britain). Ford Tyskland bestemte derfor å få en slutt på salget av disse bilene til private. De sendte ut informasjon til alle sine forhandlere med beskjed om at ordre på biler til venstrekjøring ikke ble tatt opp etter en viss dato. Ved å slutte å levere produktene som det ikke var noen etterspørsel fra tyske forbrukere, ville Ford få en slutt på parallellimporten.

Kommisjonen mente at dette utgjorde en avtale som var ulovlig under artikkel 85(1) (nå 81(1)), og uttalte i sitt vedtak at når lovligheten av forhandleravtalen skal vurderes er det nødvendig å vurdere den i lys av hele den økonomiske og rettslige konteksten hvor avtalen blir gjennomført.⁶² Brevene Ford hadde sendt ut som gjaldt salget av biler til venstrekjøring, ble sendt ut bare til de tyske forhandlerne som var parter i hovedavtalen. Kommisjonen fant derfor en tilknytning mellom hovedavtalen som Ford Tyskland hadde med sine forhandlere og avtalen om å selge biler til venstrekjøring til private. Dermed fant de også en tilknytning mellom hovedavtalen og nektelsen av å selge flere av disse bilene. Kommisjonen kom til at sirkulærene som ble sendt ut av Ford Tyskland endret den opprinnelige forhandleravtalen, og at nektelsen fra Ford Tyskland av å selge flere biler til venstrekjøring dermed var en "avtale" som utgjorde et ulovlig samarbeid under artikkel 85(1) (nå artikkel 81(1)). Ford AG ble beordret av Kommisjonen til å stanse den aktiviteten som brøt med artikkel 85 (nå artikkel 81).

⁶¹ Forende saker 25/84 og 26/84, *Ford-Werke and Ford of Europe Inc v. Commission* [1985], E.C.R. 2575.

⁶² Ibid., premiss 16.

Saken ble brakt inn for EF-domstolen, som opprettholdt Kommisjonens beslutning og fastslo at Fords utsendelse av informasjon til forhandlerne i Tyskland ikke utgjorde ensidige handlinger, men var en del av forhandleravtalen mellom produsenten og forhandlerne. Domstolen begrunnet dette med at når det er snakk om et slikt selektivt salgssystem er det en overordnet forhandleravtale som ligger til grunn. Denne avtalen er ment å skulle vare i mange år, og vil derfor ikke ta høyde for alle de forandringer som kan skje på disse årene. EF-domstolen uttalte:

*”Because technological developments are not always foreseeable over such a period of time, those agreements necessarily have to leave certain matters to be decided later by the manufacturer”.*⁶³

Domstolen mente at det i den generelle forhandleravtalen mellom Ford og forhandlerne måtte holdes åpent for senere forandringer på grunn av den teknologiske utviklingen i bransjen. Derfor var anmodningen fra Ford Tyskland om ikke å ta i mot flere ordre om biler til venstrekjøring en del av det kontraktsmessige forholdet mellom produsenten og forhandlerne. EF-domstolen uttalte videre at:

*”... admission to the Ford AG dealer network implies acceptance by the contracting parties of the policy pursued by Ford with regard to the models to be delivered to the German market”.*⁶⁴

Domstolen fremhevet her at forhandlernes signering av forhandleravtalen innebar en aksept fra dem på den politikken som senere ble innført av Ford. Det følger av dette at EF-

⁶³ Ibid. premiss 20.

⁶⁴ Ibid. premiss 21.

domstolen implisitt forutsetter at en handling fra produsenten sin side i en slik situasjon bare kan være ensidig hvis den ikke er i samsvar med forhandleravtalen.⁶⁵

Ford videreførte den utvidende tolkingen av samarbeidskriteriet som ble gjort i *AEG* i den forstand at det i *AEG* var snakk om tiltak som var i begge parter interesse, mens det i *Ford* kun var i produsenten sin interesse at bilene til venstrekjøring ikke lenger ble solgt i Tyskland. Det ble fastslått i *Ford* at forhandlerne hadde akseptert tiltak som klart ikke var i deres interesse. Dette viser at interessene til partene ikke trenger å være identiske.⁶⁶ I dette tilfellet kan det likevel hevdes at Ford og forhandlerne hadde en felles intensjon i å få en slutt på salget av biler til venstrekjøring. Forhandlerne var interessert i å opprettholde sitt kontraktsforhold med Ford og da måtte de gå med på tiltaket som Ford ville ha gjennomført. Forhandlernes interesse var altså å fortsette sitt kontraktsforhold med Ford. Ford sin interesse var å hindre parallellimport i Storbritannia, og for å oppnå dette måtte de få en slutt på salg av biler til venstrekjøring. For å oppnå sine mål måtte derfor begge partene samarbeide om å stoppe salget av biler til venstrekjøring i Tyskland, og de kan derfor sies å ha hatt en felles intensjon med sitt samarbeid.⁶⁷

Det har blitt hevdet at det i *Ford* ikke kunne bevises at forhandlerne aksepterte produsentens politikk, og det har blitt dratt paralleller mellom denne saken og *Bayer*. *Bayer* behandles i punkt 4.3 nedenfor og gjelder en situasjon der produsenten innførte et salgskvotum system for å stoppe parallelleksporten. Denne politikken fra Bayer ble ikke ansett for å være akseptert av grossistene. Christopher Brown hevder at forhandlerne i *Ford*

⁶⁵ Ibid. premises 21, jfr. M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, European Competition Law Review, side 130.

⁶⁶ Se IV/29.702 *Johnson & Johnson* [1980] O.J. L377/16 hvor Kommisjonen uttalte: "[f]or the purpose of determining the applicability of Article [81] (1), the fact that it was not in the distributors' interests to observe the prohibition and that some of them did not so, are irrelevant..." jfr. M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, European Competition Law Review, side 134.

⁶⁷ Se punkt 3.6.2.

ikke hadde noe valg når de ble utsatt for Fords krav om å nekte flere ordre om biler til venstrekjøring, og at de derfor ikke kan sies å ha akseptert politikken bare fordi de undertegnet den generelle forhandleravtalen. Han hevder også at Ford ikke trengte forhandlerne hjelp til å få en slutt på parallellimporten.⁶⁸ Jeg er ikke enig i et slikt syn. Selv om forhandlerne kanskje i realiteten ikke hadde noe valg i forhold til de ordrer de fikk fra Ford, er det avgjørende i denne dommen om handlingene fra Ford kan anses hjemlet i den overordnede forhandleravtalen. Domstolen kom til at det var tilfellet, og da har forhandlerne allerede akseptert de tiltak som Ford måtte finne på å iverksette i det de signerte forhandleravtalen. Spørsmålet om aksept fra forhandlerne side blir besvart når domstolen sier at tiltaket var hjemlet i den overordnede forhandleravtalen. Det kan derfor ikke trekkes paralleller til *Bayer* der spørsmålet var et annet.⁶⁹

3.4 Volkswagen I

*Volkswagen I*⁷⁰ gjelder produsenten av Volkswagen som solgte sine biler gjennom et selektivt salgssystem. Volkswagens importør i Italia, Autogerma, solgte bilene videre til forhandlere. Når den italienske liren falt dramatisk i verdi og Volkswagen ikke økte prisen tilsvarende på bilene i Italia, ble det en stor prisforskjell på Volkswagen biler i Italia og i andre europeiske land. Dette gjorde det lønnsomt å drive parallelleksport fra Italia. For å hindre denne parallelleksporten foretok Volkswagen tiltak som gikk ut på å straffe de forhandlerne som solgte til andre enn italienske forbrukere. Kommisjonen fastslo at tiltakene som ble gjennomført var ulovlige under artikkel 85(1) (nå 81(1)) og bøtela kun Volkswagen fordi forhandlerne ikke aktivt hadde tatt del i å hindre parallelleksporten.⁷¹

⁶⁸ C. Brown, *Case Comment: Bayer v Commission: the ECJ agrees*, 2004, European Competition Law Review, side 388.

⁶⁹ Se punkt 4.3.

⁷⁰ C-338/00P, *Volkswagen AG v. Commission* [2003], E.C.R. I-9189.

⁷¹ Ibid. premiss AG22.

Volkswagen brakte saken inn for Førsteinstansdomstolen. Førsteinstansdomstolen opprettholdt Kommisjonens vedtak og uttalte at det var fast rettspraksis at anmodninger sendt ut fra bilprodusenter til forhandlerne i et selektivt salgssystem ikke anses som ensidige handlinger, men en ”avtale” siden de anses som en del av det varige kontraktsforhold mellom produsent og forhandler som er styrt av den generelle avtalen som er satt opp i forkant.⁷²

Saken ble anket videre til EF-domstolen, hvor Volkswagen gjorde gjeldende at forhandleravtalen ikke kunne ligge til grunn for de tiltakene som ble gjennomført, og at disse måtte anses som ensidige handlinger fra Volkswagens side. Ifølge Volkswagen kunne ikke avtalen hjemle tiltakene fordi avtalen ikke sa noe om at parallelleksport var forbudt. Tvert i mot ga avtalen forhandlerne frihet til å selge kjøretøy både til forbrukere og utenlandske aktører. EF-domstolen opprettholdt imidlertid Førsteinstansdomstolens avgjørelse. Domstolen bekreftet at slike anmodninger fra bilprodusenter til forhandlere i et selektivt salgssystem ikke kunne utgjøre ensidige handlinger, og at de tvert i mot var en del av kontraktsforholdet mellom partene.⁷³ Når forhandleravtalen hjemlet tiltakene som hadde blitt gjennomført, var det på det rene at forhandlerne hadde akseptert forbudet mot parallelleksport i og med signeringen av den generelle forhandleravtalen.⁷⁴ Det at avtalen ikke gir produsenten spesifikk autorisasjon til å innføre spesielle begrensninger på eksporten betydde ikke at avtalen ikke kunne hjemle slike tiltak. EF-domstolen slo fast at de italienske forhandlerne også hadde interesse i å begrense parallelleksporten fordi produsentene ville vært svært lite fornøyd hvis de ikke gikk med på tiltaket.⁷⁵ Partene hadde altså felles intensjoner med å gjennomføre avtalen.

Volkswagen I er ingen vidtrekkende dom, men fastslår at hvis man har med et selektivt salgssystem å gjøre, vil anmodninger fra produsenten utgjøre en del av avtaleforholdet

⁷² T-62/98, *Volkswagen AG v. Commission* [2000], E.C.R. II-2707, premiss 236.

⁷³ C-338/00P, *Volkswagen AG v. Commission* [2003], E.C.R. I-9189, premiss 60.

⁷⁴ Ibid. premiss 64-65.

⁷⁵ Ibid. premiss 66.

mellom produsenten og forhandlerne hvis det kan påvises at partene hadde felles intensjoner.⁷⁶ I dommen blir det uttalt at dette følger av fast rettspraksis, slik at *Volkswagen I* kan sies å være den dommen som fastslo at dette hadde blitt fast rettspraksis.

3.5 Volkswagen II

*Volkswagen II*⁷⁷ gjelder bilprodusenten Volkswagen som produserte og solgte biler til forhandlere i EU innefor et system med selektive og eksklusive forhandleravtaler. Forholdet mellom Volkswagenprodusenten og forhandlerne var styrt av en generell forhandleravtale. Denne avtalen bestemte at forhandlerne pliktet å forsvare og å fremme Volkswagens interesser og at de pliktet å imøtekomme alle instruksjoner innenfor et sett med forskjellige formål. I denne avtalen ble det også bestemt at Volkswagen kunne sende ut ikke-bindende prisanbefalinger når det gjaldt detaljpriser og rabatter.

I løpet av en treårs periode sendte Volkswagen ut informasjon til sine forhandlere hvor de beordret dem til å gi begrensede rabatter, eller ingen rabatt i det hele tatt, til de kundene som kjøpte modellen Passat. Ifølge Kommisjonen var dette for å opprettholde et visst prisnivå på denne modellen. Kommisjonen avgjorde derfor i 2001 at Volkswagens handlinger kom inn under samarbeidskriteriet i artikkel 81(1) og at handlingene derfor var ulovlige. Kommisjonen påla Volkswagen en bot på over 30 millioner Euro.

Vedtaket ble brakt inn for Førsteinstansdomstolen. Kommisjonen hevdet her at Volkswagens strategi med å opprettholde et visst prisnivå var en integrert del av den generelle forhandleravtalen, og at den derfor måtte anses for å ha blitt stilltiende akseptert av forhandlerne i og med signeringen av forhandleravtalen. De hevdet videre at i tilfeller hvor man har med et slikt selektivt salgssystem å gjøre, er det unødvendig å påvise at det har blitt gitt et samtykke fra forhandlerne. Samtykket må anses for å være etablert bare på

⁷⁶ Se videre punkt 3.5.

⁷⁷ C-74/04P, *Volkswagen AG v. Commission* [2006], E.C.R. .I-6585.

bakgrunn av at forhandleren har blitt med i det selektive salgssystemet.⁷⁸ Dette var ifølge Kommisjonen etablert i fast rettspraksis. Volkswagen på sin side hevdet at deres handlinger utgjorde ensidig atferd som ikke kommer inn under samarbeidskriteriet i artikkel 81(1). Volkswagen var uenig i Kommisjonens argumentasjon om at samtykke fra forhandlerne måtte anses for å være etablert i alle tilfeller hvor man har et selektivt salgssystem, bare på bakgrunn av deres inntreden i avtaleforholdet. Ved å hevde dette, mente Volkswagen at Kommisjonen "[...] is seeking to impose a new legal approach which not only enlarges the meaning of "agreement", but also changes the rules on the burden of proof in its favour"⁷⁹.

Førsteinstansdomstolen opphevet Kommisjonens avgjørelse. Domstolen mente at det er mulig for senere endringer i kontrakten å bli akseptert av forhandleren i og med signeringen av den originale forhandleravtalen, men da må det være snakk om lovlige endringer som kan forutsies av avtalen eller en senere endring som forhandleren ikke kan nekte å godta.⁸⁰

Saken ble anket til EF-domstolen, som opprettholdt Førsteinstansdomstolens avgjørelse, men som ikke var enig i at det må være en lovlig variasjon som kan forutsies. Domstolen mente at også ulovlige endringer som blir gjort i etterkant kan være hjemlet i forhandleravtalen, og uttalte at domstolens rettspraksis:

*"[...], does not indicate that the compliance or non-compliance of the contractual clauses in question with the competition rules is necessarily decisive in that examination.[...]The possibility that a call which is contrary to the competition rules may be regarded as being authorised by seemingly neutral clauses of a dealership agreement cannot be automatically excluded."*⁸¹

⁷⁸ C-74/04P, *Volkswagen AG v. Commission* [2006], E.C.R. I-6585, premiss 25.

⁷⁹ Ibid. premiss 19.

⁸⁰ T-208/01, *Volkswagen AG v. Commission* [2003], E.C.R. II-5141, premiss 45.

⁸¹ C-74/04P, *Volkswagen AG v. Commission* [2006], E.C.R. I-6585, premiss 43-44.

EF-domstolen hadde imidlertid ikke myndighet til å overprøve Førsteinstansdomstolens vurderinger på dette punktet. Domstolen gjorde det likevel klart at dette ikke ville ha endret dens konklusjon i denne saken.⁸² EF-domstolen var enig med Førsteinstansdomstolen i at Kommisjonen ikke hadde grunnlag for å hevde at enhver anmodning fra en bilprodusent i et selektivt salgssystem vil være en ”avtale”, og at det derfor ikke er nødvendig å undersøke i den enkelte saken om forhandlerne har akseptert produsentens strategi. EF-domstolen fastslår at rettspraksis som Kommisjonen viser til ”[...] does not relieve the Commission of its obligation to prove that there was a concurrence of wills on the part of the parties to the dealership agreement in each specific case”⁸³.

Uansett hva slags avtaleforhold som er etablert mellom partene på forhånd, må det alltid identifiseres et tilbud og en aksept i hver enkelt sak. I denne saken måtte Kommisjonen bevise at forhandleravtalen mellom Volkswagen og forhandlerne hjemlet Volkswagens handlinger for å kunne hevde at det forelå et tilbud og en aksept og dermed en ulovlig ”avtale” under artikkel 81(1). Som Førsteinstansdomstolen hadde vist, var dette ikke tilfellet i denne saken, og det kunne på grunnlag av den originale forhandleravtalen ikke fastslås en sammenfallende vilje mellom partene. Derfor kunne det heller ikke bevises at det forelå et samarbeid mellom dem.⁸⁴

EF-domstolen uttalte videre at en slik sammenfallende vilje ikke nødvendigvis må etableres på grunnlag av den opprinnelige forhandleravtalen, men at den også kan etableres på grunnlag av partenes opptreden (som drøftes nedenfor i del 4). Kommisjonen hadde imidlertid ikke argumentert med dette, så saken kunne ikke avgjøres på et slikt grunnlag.⁸⁵

⁸² Ibid. premiss 54.

⁸³ Ibid. premiss 36.

⁸⁴ Ibid. premiss 52-55.

⁸⁵ Ibid. premiss 46-47.

Man kan sette spørsmålstegn ved hvorfor Kommisjonen lot være å argumentere med at forhandlerne stilltiende hadde akseptert Volkswagens strategi ved sin opptreden. Dette kunne ha endret utfallet i saken til Kommisjonens fordel. Det har blitt hevdet at hvis Kommisjonen hadde argumentert at et stilltiende samtykke kunne etableres på bakgrunn av forhandlernes opptreden, og vist til saker som *Volkswagen I* og *Dunlop Slazenger*⁸⁶, ville resultatet i dommen sannsynligvis blitt annerledes.⁸⁷ Generaladvokat Tizzano uttalte at argumentet om at forhandlerne stilltiende hadde akseptert produsentens politikk gjennom sin opptreden, bedre ville vist hvordan forholdene i virkeligheten var.⁸⁸ Det vil si at Kommisjonen kunne fått bedre gjennomslag ved å argumentere med at det var inngått et samarbeid på bakgrunn av partenes opptreden. Hadde Kommisjonen brakt dette argumentet på banen, ville det ifølge Generaladvokaten skapt vanskelige spørsmål i forhold til *Sandoz*⁸⁹ når det gjelder spørsmålet om man kunne ha sluttet en aksept bare på bakgrunn av forhandlernes unnlatelse av å utfordre Volkswagens strategi. EF-domstolen måtte da ha tatt stilling til om en slik automatisk etablering av aksept kan rettferdiggjøres⁹⁰ (se del 4 for en videre drøftelse av dette punktet). Det kan være at Kommisjonen ønsket å sette en presedens, slik at Kommisjonen i fremtiden lettere kunne fastslå ulovlig samarbeid i slike saker. I blant annet *Volkswagen I*, fastslo domstolen at det var fast rettspraksis at anmodninger fra bilprodusenter til sine forhandlere i et selektivt salgssystem ikke utgjør ensidige handlinger, men en ”avtale” som omfattes av artikkel 81(1). Det kan derfor tenkes at Kommisjonen vurderte dette som et klarsignal til å slå fast at slike saker i prinsippet utgjorde ulovlig samarbeid under artikkel 81(1). Hvis dette hadde gått igjennom hos domstolen, ville anvendelsesområdet for artikkel 81(1) blitt utvidet betraktelig og gjort det betydelig enklere for Kommisjonen å stoppe slik opptreden. En slik presedens var det imidlertid ikke grunnlag for å fastsette, ifølge EF-domstolen.

⁸⁶ T-43/92, *Dunlop Slazenger International v. Commission* [1994] E.C.R. II-441.

⁸⁷ M. S. Ferro, *Reassessing borders between agreements and unilateral practices after Case C-74/04, Volkswagen II*, 2007, *European Competition Law Review*, side 208.

⁸⁸ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sak C-74/04, *Commission v. Volkswagen AG*, avsnitt 52.

⁸⁹ Sak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission* [1990] E.C.R. I-45.

⁹⁰ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sak C-74/04, *Commission v. Volkswagen AG*, avsnitt 52.

3.6 Regler og momenter som kan utledes av rettspraksis

I det følgende vil jeg på bakgrunn av den overnevnte rettspraksis gjøre rede for hvilke regler og faste momenter som gjelder i vurderingen av om en tilsynelatende ensidig handling må anses som en integrert del av det overordnede avtaleforholdet.

3.6.1 Tilbud og aksept

Dersom det kan påvises at handlingene til produsenten er hjemlet i den aktuelle forhandleravtalen, er det samtidig fastslått at det foreligger et tilbud fra produsenten og en aksept fra forhandleren ved at han har signert den generelle forhandleravtalen. Frem til *Volkswagen II* kunne det virke som om EUs konkurranserett bestemte at en forhandler som hadde blitt tatt opp i et selektivt salgssystem hadde stilletiende akseptert fremtidige handlinger fra produsentens side, uten hensyn til hva handlingene bestod av eller om de kunne forutses av den generelle avtalen. I sakene før *Volkswagen II* ble det lagt liten vekt på å identifisere spesifikke klausuler i den generelle forhandleravtalen som faktisk hjemlet handlingene foretatt av produsenten.⁹¹ *Volkswagen II* slo imidlertid fast at det er nødvendig å vurdere fra sak til sak om den aktuelle forhandleravtalen faktisk hjemler tiltaket som er gjennomført. Det er ikke grunnlag for å slutte automatisk fra en nøytral avtale at forhandleren dermed har akseptert alt produsenten senere måtte foreta seg, i og med at han har signert forhandleravtalen. Det er et absolutt vilkår, også i tilfellene hvor man har en overordnet avtale som styrer forholdet mellom partene, at det etableres en sammenfallende vilje mellom partene. Denne sammenfallende viljen finner man hvis det kan påvises spesifikke klausuler i forhandleravtalen som hjemler de tiltakene som produsenten har gjennomført. Da har man etablert et tilbud og en aksept mellom partene. Selv om det er klart etter *Volkswagen II* at den aktuelle forhandleravtalen må kunne hjemle de fremtidige handlingene til produsenten, kan det likevel ikke utelukkes at en nøytral avtale i samsvar

⁹¹ M.S. Ferro, *Reassessing borders between agreements and unilateral practices after Case C-74/04, Volkswagen II*, 2007, European Competition Law Review, side 206.

med konkurranseretten, kan hjemle senere tiltak som vil være ulovlige etter konkurransereglene. Dette er fastslått i premiss 44 i *Volkswagen II*, som er gjengitt ovenfor i punkt 3.5. Selv der hvor forhandleravtalen uttrykkelig godtar eksport, kan det heller ikke utelukkes at senere handlinger som er iverksatt for å hindre parallelleksport kan hjemles i den aktuelle avtalen.⁹²

I de tilfellene hvor man finner at de tilsynelatende ensidige handlingene i virkeligheten må anses som en integrert del av avtalen, vil det som oftest være uproblematisk å avgjøre om produsenten har gitt forhandlerne et tilbud. Om et tilbud er gitt vil være klart i og med at produsenten har inngått en overordnet avtale med forhandleren på forhånd. Dette kan imidlertid være tvilsomt i visse situasjoner hvor produsentens politikk kan sies å være hjemlet i forhandleravtalen, men ikke kommunisert til forhandlerne. Dette var tilfellet i *Opel Nederland*⁹³, der Kommisjonen avgjorde at Opel Nederland hadde brutt artikkel 81(1) ved å sette i gang tiltak for å hindre parallelleksporten. Opel Nederland hadde iverksatt tre individuelle tiltak for å begrense parallelleksporten, og Kommisjonen mente at disse var en integrert del av avtaleforholdet med forhandlerne og derfor innenfor samarbeidskriteriet i artikkel 81(1). I tillegg hevdet de at Opel hadde innført en restriktiv leveringspolitikk som også måtte anses for å være en integrert del av avtaleforholdet. Saken ble brakt inn for Førsteinstansdomstolen, som ga Kommisjonen medhold i at de tre individuelle tiltakene som var iverksatt var hjemlet i den aktuelle forhandleravtalen, og derfor måtte anses som integrerte deler av avtalen. Det ble imidlertid fastslått at det ikke var bevist at den restriktive leveringspolitikken som Opel førte var kommunisert til forhandlerne, og denne politikken kunne av den grunn ikke være en integrert del av avtaleforholdet mellom partene.⁹⁴ Dette viser at det også kan forekomme situasjoner hvor en tilsynelatende ensidig handling faller utenfor samarbeidskriteriet fordi det ikke har blitt påvist noe tilbud fra

⁹² Se COMP/36.321, *Video Games, Nintendo distribution*, O.J. 2003 L255/33, (ankeforhandlinger pågår i sak T-13/03 og er ennå ikke avgjort), jfr. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 2008, side 112-113.

⁹³ T-368/00, *General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v. Commission* [2004] E.C.R. II-4491.

⁹⁴ Ibid. premiss 81-88.

produsenten til forhandleren. I slike tilfeller kan handlingen ikke bli ansett for å være en del av det overordnede avtaleforholdet, fordi det ikke kan identifiseres noen sammenfallende vilje mellom partene.

3.6.2 Felles interesser

Etter *Volkswagen II* kan det som nevnt ovenfor fastslås at en handling må være hjemlet i den aktuelle forhandleravtalen for å omfattes av samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd. Dette innebærer at domstolen alltid skal vurdere de spesifikke klausulene i hver enkelt sak for å se om en av disse kan gi produsenten hjemmel til å handle som han har gjort. Som nevnt ovenfor i punkt 3.1 og 3.2 er det i følge rettspraksis ikke et absolutt vilkår at partene skal ha identiske interesser. Skulle det vise seg at partene har samme interesse i den konkurransebegrensende atferden, som for eksempel var tilfellet i *AEG*, vil det likevel være lettere å identifisere en sammenfallende vilje mellom partene og dermed også fastslå at et samarbeid foreligger.

3.6.3 Systematisk politikk

Når man vurderer om de tilsynelatende ensidige handlingene er en integrert del av avtaleforholdet mellom partene, vil det ha betydning om produsentens handlinger er en del av en systematisk politikk eller om handlingene er enkelthendelser som må vurderes separat. Kan det bevises at det er snakk om en systematisk politikk fra produsenten sin side, vil det være lettere å påvise at handlingene kommer inn under avtaleforholdet mellom partene fordi handlingene da bærer preg av å være en del av en plan produsenten har og ikke en eller flere feil han har begått. Dette kan illustreres både av *AEG* og *BMW*. Det er likevel ikke mye som skal til før domstolen anser det bevist at produsenten har drevet en systematisk politikk, jfr. *AEG*. Her vil det kunne være grunnlag for å snu bevisbyrden hvis det kan påvises at produsentens handling faktisk har gitt den virkningen som produsenten tok sikte på, og det vil bare være nødvendig å påvise noen få enkelthendelser for å bevise at

en slik systematisk politikk foreligger.⁹⁵ Dette gjør det vanskelig å få gjennomslag for et argument om at de tilsynelatende ensidige handlingene kun var enkeltstående hendelser som må vurderes separat og derfor ikke kan være en del av noe avtaleforhold.

Hvis det skulle vise seg, etter at man har foretatt en vurdering som nevnt ovenfor, at den aktuelle forhandleravtalen ikke hjemler produsentens handlinger, kan det likevel ikke utelukkes at handlingen faller inn under samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd. I mangel av en overordnet avtalehjemmel vil produsentens handlinger kunne anses uttrykkelig eller stilltiende akseptert av forhandlerne gjennom deres opptreden. Jeg vil i del 4 nedenfor redegjøre for dette.

4 Handlinger som ikke er hjemlet i partenes avtale

Handlinger som ikke er hjemlet i partenes avtale har ved flere anledninger også blitt ansett for å omfattes av samarbeidskriteriet. I tilfeller hvor man ikke har en overordnet avtale som kan hjemle handlingene har tilsynelatende ensidige handlinger blitt vurdert som samarbeid på bakgrunn av partenes opptreden.⁹⁶ EF-domstolen har i flere saker funnet tilbud og aksept mellom partene som er sluttet ut fra partenes opptreden. Handlinger som kommer inn under samarbeidskriteriet på bakgrunn av partenes opptreden er situasjoner som man typisk vil finne i kommersielle forhold der avtalene mellom partene blir inngått etter hvert som salgene skjer. I slike tilfelle vil man ikke ha en overordnet avtale som styrer forholdet mellom partene å forholde seg til, kun partenes opptreden.

⁹⁵ Se punkt 3.2.

⁹⁶ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sak C-74/04 *Volkswagen II*, avsnitt 45

Som nevnt i del 2 kan det ikke settes et skarpt skille mellom de tilfellene som anses å falle inn under samarbeidskriteriet fordi man har en avtalehjemmel og de tilfellene hvor man slutter en avtaleinngåelse ut fra partenes opptreden. En av grunnene til det er at det i de sistnevnte tilfellene ofte vil være et varig forretningsforhold mellom partene. Dette forholdet blir av og til ansett for å ha samme funksjon som en overordnet generell avtale, og er med på å gjøre skillet uklart. Det er likevel ingen grunn til å avfeie et slikt skille. Min forutsetning i det følgende vil være at i de tilfellene hvor det ikke finnes en overordnet avtale som hjemler handlingene, vil forretningsforholdet mellom partene heller ikke bli behandlet som et overordnet avtaleforhold. Det er imidlertid viktig å understreke at selv om jeg ikke behandler det kommersielle forholdet mellom partene som en overordnet avtale, vil et langvarig forretningsforhold fortsatt kunne ha betydning i vurderingen av om handlingene som er foretatt anses som ensidige eller om de anses som et fordekt samarbeid.⁹⁷

Rettsutviklingen under dette punktet syntes lenge å bevege seg i bare én retning. EF-domstolen tolket avtalebegrepet i artikkel 81(1) utvidende i en rekke saker, og det kunne virke som om selve avtalekonseptet var i ferd med å bli utvannet. Det er særlig to dommer fra EF-domstolen som satte den rettslige standarden for avtalebegrepet i tilfellene hvor samarbeid har blitt etablert på bakgrunn av partenes opptreden, nemlig *Tipp-Ex*⁹⁸ og *Sandoz*⁹⁹. Disse dommene ga grunnlag for en svært utvidende tolking av samarbeidskriteriet i artikkel 81(1), og de ga inntrykk av at grensen mot ensidige handlinger var ikke-eksisterende. I 2004 kom imidlertid *Bayer*-dommen¹⁰⁰. I denne dommen ble grensen mot ensidige handlinger klargjort, og det ble satt en grense for den utvidende tolkingen av samarbeidskriteriet. Nedenfor skal jeg gjøre rede for denne

⁹⁷ Se for eksempel *Sandoz* der det langvarige kundeforholdet var en medvirkende faktor til at kundene ble ansett for å ha akseptert – se punkt 4.2.

⁹⁸ Sak 279/87, *Tipp-Ex v. Commission* [1990], E.C.R. I-261.

⁹⁹ Sak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission* [1990], E.C.R. I-45.

¹⁰⁰ Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23.

rettspraksisen, og forsøke å gi svar på hvor grensen mellom ensidige handlinger og samarbeid går i tilfeller hvor man ikke har en overordnet avtale å forholde seg til.

4.1 Tipp-Ex

*Tipp-Ex*¹⁰¹ gjelder en tysk produsent av korrekturprodukter til kontorbruk, Tipp-Ex, som distribuerte sine produkter til Frankrike gjennom et eget nettverk der et fransk selskap stod for den eksklusive distribusjonen. Dette selskapet ble senere skiftet ut mot et annet fransk selskap. Det ble drevet parallellimport og parallelleksport med Tipp-Ex sine produkter, noe Tipp-Ex ikke godtok. De sendte blant annet en teleks til sin forhandler i Frankrike hvor de indikerte at en fortsettelse av slik parallell handel kunne få konsekvenser for forhandlerne. I tillegg straffet de det ene distribusjonsselskapet som drev med parallelleksport ved å unndra dem en rabatt på 10 prosent som de tidligere hadde blitt gitt. Dette førte til at distribusjonsselskapene først økte prisene når de solgte til videreselgerne, før de til slutt nektet å levere varer.

Det ble truffet vedtak i saken der Kommisjonen avgjorde at Tipp-Exs handlinger stred mot konkurransereglene og både Tipp-Ex og det ene distribusjonsselskapet ble bøtelagt for å ha brutt artikkel 85 (nå artikkel 81). Kommisjonen hevdet i sin avgjørelse at Tipp-Ex sammen med de to franske distribusjonsselskapene hadde inngått et samarbeid om å blokkere både parallellimporten og parallelleksporten, og at dette derfor var en ulovlig ”avtale” etter artikkel 81(1).

Saken ble brakt inn for EF-domstolen, der Tipp-Ex hevdet at det som ble gjort måtte anses som ensidige handlinger fra deres side, og at distributørens nektelse av å levere mer til de aktuelle selskapene bare var et resultat av at disse ikke betalte for seg. Kommisjonen derimot hevdet at Tipp-Ex sine handlinger utgjorde en del av en politikk de drev mot parallelleksport og parallellimport, og at distributørene hadde akseptert denne politikken.

¹⁰¹ Sak 279/87, *Tipp-Ex v. Commission* [1990], E.C.R. I-261.

EF-domstolen sa seg enig med Kommisjonen og opprettholdt avgjørelsen. I forhold til de to distributørene var det i det ene tilfellet snakk om en skriftlig avtale om salgsbegrensninger og her konkluderte domstolen kort med at det eksisterte en ”avtale” som brøt med artikkel 81(1).¹⁰² I det andre tilfellet var det en muntlig avtale mellom partene, noe som gjorde avtaleslutningen vanskeligere å bevise. Det var likevel rimelig klart at det forelå en avtale mellom Tipp-Ex og den andre distributøren på grunn av all den kommunikasjonen som hadde foregått mellom partene. Det ble bevist at Tipp-Ex hadde sendt distributøren telekser og at det hadde vært formelle møter mellom partene hvor parallellimport ble diskutert.¹⁰³ Det var derfor klart at Tipp-Ex sin politikk når det gjaldt de konkurransebegrensende handlingene hadde blitt kommunisert til distributøren. Når denne distributøren svarte med å øke prisene for så å stoppe leveringene helt, var det ingen tvil om at distributøren måtte anses for å ha akseptert Tipp-Ex sin politikk. Det var også klart for EF-domstolen at Tipp-Ex trengte distributørenes samarbeid for å gjennomføre tiltaket.¹⁰⁴ EF-domstolen konkluderte derfor med at Tipp-Ex sine handlinger ikke var ensidige, men del av en avtale som distributørene enten hadde uttrykkelig akseptert (i den skriftlige avtalen med den ene distributøren), eller stilltiende akseptert ved sin opptreden.

Tipp-Ex er et klart tilfelle på at partenes opptreden ble ansett for et samarbeid. Saksforholdet i saken gir derfor ingen klare holdepunkter på hvor grensen mot ensidige handlinger går. EF-domstolens begrunnelse viser likevel at den andre parten ikke uttrykkelig trenger å akseptere handlingene for at de skal kunne anses som en ”avtale”, men at dette også kan skje stilltiende gjennom partenes opptreden. Dommen er også et godt eksempel på at kommunikasjon mellom partene om den aktuelle konkurransebegrensende atferden er en vesentlig faktor som lett kan føre til at et samarbeid identifiseres. I denne saken ble det påvist flere typer kommunikasjon som klart ga uttrykk for Tipp-Ex sitt syn på

¹⁰² Sak 279/87, *Tipp-Ex v. Commission* [1990], ECR I-261, premiss 22, jfr. M. Jephcot, *Commentary on Case T41/96 Bayer AG v. Commission*, 2001, *European Competition Law Review*, side 473.

¹⁰³ Ibid. side 473. Det siste møtebeviset var ikke blitt gjort tilgjengelig for Kommisjonen, og EF-domstolen brukte derfor dette beviset bare for som en bekreftelse på andre funn.

¹⁰⁴ Ibid. side 473.

parallelleksport og parallellimport, og siden den ene partens kommunikasjon til den andre viser at han har behov for den andre partens assistanse hvis tiltaket skal kunne gjennomføres, var det lettere for EF-domstolen å fastslå at samarbeidskriteriet var oppfylt.

4.2 Sandoz

*Sandoz*¹⁰⁵ gjelder et datterselskap av det multinasjonale legemiddelselskapet Swiss, Sandoz, som solgte Swiss sine produkter til kunder i Italia. Det forelå ingen overordnede avtaler mellom Sandoz og kundene, men det ble inngått avtale for hvert salg som ble gjennomført. På alle fakturaer som ble sendt ut til kundene hadde Sandoz skrevet ”eksport forbudt” (”export prohibited”). Kommisjonen traff vedtak i saken og avgjorde at dette utgjorde en ”avtale” med kundene om å hindre parallelleksport, og det hadde derfor skjedd et brudd på artikkel 85(1) (nå artikkel 81(1)). Sandoz ble bøtelagt av Kommisjonen, (en bot som senere ble redusert av EF-domstolen).

Saken ble brakt inn for EF-domstolen, hvor Sandoz hevdet at hvert salg måtte anses som isolerte og lovlige transaksjoner der eksportforbudet som ble påført fakturaene måtte anses som ensidige handlinger fra Sandoz sin side. Sandoz argumenterte også med at klausulen som ble skrevet på fakturaene ikke kunne anses som en ”avtale” fordi den stred mot italiensk lov. EF-domstolen avviste alle disse argumentene, og opprettholdt Kommisjonens avgjørelse. Det faktum at klausulen som Sandoz benyttet stred mot italiensk lov, var irrelevant for om handlingen skal komme inn under samarbeidskriteriet eller ikke. Domstolen uttalte at det ikke er nødvendig for at et samarbeid skal falle inn under avtalebegrepet i artikkel 81(1), at samarbeidet må ”[...] constitute a valid and binding contract under national law”¹⁰⁶. Domstolen fastslo videre at Sandoz hadde innført et eksportforbud, for deretter å vise til at dette var kommunisert til kundene gjennom fakturaene som ble sendt ut.

¹⁰⁵ Sak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission* [1990], E.C.R. I-45.

¹⁰⁶ Ibid., paragraf 2 i oppsummeringen av dommen.

Videre var det to avgjørende grunner til at domstolen fastslo at det forelå en "avtale" mellom Sandoz og kundene. Domstolen slo fast at:

*"[t]he systematic dispatching by a supplier to his customers of invoices bearing the words "Export prohibited" constitutes an agreement prohibited by Article 85(1) [81(1)] of the Treaty, and not unilateral conduct, when it forms part of a set of continuous business relations governed by a general agreement drawn up in advance, based on the consent of the supplier to the establishment of business relations with each customer prior to any delivery and the tacit acceptance by the customers of the conduct adopted by the supplier in their regard, which is attested by renewed orders placed without protest on the same conditions."*¹⁰⁷

For det første ble kundene ansett for å ha stilltiende akseptert Sandoz sin politikk siden de ikke protesterte på eksportforbudet som ble innført gjennom påskrift på fakturaene. For det andre ble påminnelsen om eksportforbudet repetert for hvert salg som ble gjennomført, og dette ble sett på som en ensartet og systematisk gjennomføring av eksportforbudet. Av den grunn kom EF-domstolen til at forbudet måtte anses for å være innenfor den generelle rammen av forretningsforholdet som Sandoz hadde med sine italienske forhandlere.

EF-domstolen fulgte Generaladvokaten i sin avgjørelse. Generaladvokaten sa i sin uttalelse at et annet utfall i saken enn at det ble etablert en "avtale" mellom partene, ville innebære en materiell begrensning av hensikten bak artikkel 85 (nå artikkel 81). Han uttalte at hvis den andre parten vet om eller kan forventes å vite om tiltakene som ble gjort uten å protestere på disse, vil ensidige handlinger falle innenfor samarbeidskriteriet så snart et kontraktsforhold er etablert mellom to parter hvis tiltaket blir gjennomført mens kontrakten gjelder. Den passive parten må anses for å ha akseptert den normative effekten av den ensidige handlingen, og en avtale er derfor etablert mellom partene.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ibid., paragraf 1 i oppsummeringen av dommen.

¹⁰⁸ M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, *European Competition Law Review*, side 131, note 30.

Sandoz går langt i å utvide samarbeidskriteriet i artikkel 81(1) i EF-traktaten. Selv om eksportforbudet var klart mot kundenes interesser og selv om en del av kundene faktisk fortsatte med parallelleksporten, ble de allikevel ansett for å ha akseptert forbudet bare ved å være passive.¹⁰⁹ Dersom dommen skal forstås slik at den andre parten skal anses å ha akseptert bare ved å forholde seg passiv til produsentens politikk på tross av at politikken strider mot deres interesser, vil det være vanskelig å tenke seg tilfeller som ikke kan komme inn under samarbeidskriteriet. Dette resultatet er også vanskelig å harmonere med en normal språklig forståelse av ”avtale” eller samarbeid. Det vil være en lite tilfredsstillende rettstilstand hvis grensen mot ensidige handlinger i samarbeidskriteriet skulle være avhengig av den andre partens uttrykkelige protester.¹¹⁰ På den annen side ble eksportforbudet i *Sandoz* kommunisert til kundene gjentatte ganger over lang tid, noe som viser at *Sandoz* førte en systematisk politikk som gikk ut på å forby parallelleksport. Siden dette ble kommunisert til kundene på denne måten for hvert eneste salg tyder dette også på at *Sandoz* var avhengig kundenes samarbeid for å stoppe parallelleksporten.¹¹¹ Dette viser at det i *Sandoz* var andre faktorer som gjorde det mulig å fastslå at partene hadde inngått et samarbeid, og at det derfor i andre saker ikke nødvendigvis vil være nok for å oppfylle samarbeidskriteriet at den andre parten forholder seg passiv til produsentens politikk. (Det vil bli gjort nærmere rede for dommens betydning nedenfor i punkt 4.4.)

¹⁰⁹ Ibid., side 131.

¹¹⁰ H.H.Lidgard, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*, 1997, European Competition Law Review, side 359.

¹¹¹ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sakene C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer*, avsnitt 57.

4.3 Bayer

*Bayer*¹¹² gjelder det tyske foretaket Bayer som produserte legemiddelet Adalat. Dette middelet ble solgt til grossister i hele EU, som videresolgte produktet til forhandlere. Innenfor legemiddelindustrien vil det jevnlig oppstå spørsmål knyttet til parallellimport og parallelleksport, fordi prisene på produktene ofte er styrt av helsemyndighetene i hvert enkelt land. Derfor kan prisene variere mye fra land til land, og dette gjør det gunstig å eksportere produktet videre til andre land med høyere priser. Dette var tilfellet i *Bayer*, der prisene i Spania og Frankrike var 40 prosent lavere enn i Storbritannia. Dette gjorde at grossistene i Spania og Frankrike eksporterte produkter videre til Storbritannia, noe som igjen førte til at Bayers salg av Adalat ble tilnærmet halvert. For å prøve å få opp salget forandret derfor Bayer sin leveringspolitikk ved at selskapet sluttet å fylle opp de store ordrene fra grossistene i Spania og Frankrike. Bayer innførte med andre ord et salgskvotumsystem for å få en slutt på parallellimporten inn i Storbritannia. Dette medførte at noen av grossistene klaget Bayer inn for Kommisjonen.

Kommisjonen traff vedtak etter en etterforskning av forholdene om at Bayer hadde brutt konkurransereglene ved å inngå i et ulovlig samarbeid med grossistene for å hindre parallellimport. Kommisjonen hevdet at Bayer hadde innført et eksportforbud, og at de spanske og franske grossistene hadde regulert sin opptreden etter dette og dermed akseptert forbudet stilltiende gjennom sin opptreden.

Bayer brakte avgjørelsen inn for Førsteinstansdomstolen, som opphevet Kommisjonens avgjørelse. Førsteinstansdomstolen klargjorde først at rettspraksis har slått fast at hvor en avgjørelse fra en produsent virkelig utgjør en ensidig handling, så vil denne handlingen gå klar av artikkel 81 i EF-traktaten.¹¹³ Domstolen fortsatte med å definere avtalebegrepet i artikkel 81(1):

¹¹² Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23.

¹¹³ T-41/96, *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, [2001], E.C.R. 735, premiss 66.

”It follows that the concept of an agreement within the meaning of article 85(1) of the Treaty, as interpreted by the case law, centres around the existence of a concurrence of wills between at least two parties, the form in which it is manifested being unimportant so long as it constitutes the faithful expression of the parties intention ”¹¹⁴.

Domstolen fastslo her at det er et absolutt vilkår for at en tilsynelatende ensidig handling skal kunne omfattes av samarbeidskriteriet i artikkel 81(1) (og konkurranseloven § 10 første ledd), at det kan påvises en sammenfallende vilje mellom partene. Det har da ingen betydning i hvilken form denne viljen er uttrykt, så lenge den er kommet til uttrykk på en måte som avspeiler hva partenes intensjoner er på en riktig måte. Videre slo Førsteinstansdomstolen fast at det er klart ut fra rettspraksis at Kommisjonen ikke kan holde en tilsynelatende ensidig handling for å være et samarbeid uten å påvise en aksept fra den andre parten, enten denne aksepten skjer uttrykkelig eller implisitt.¹¹⁵

Førsteinstansdomstolen kom til at det i Kommisjonens avgjørelse ikke var bevist at Bayer hadde innført et eksportforbud, eller at Bayer hadde prøvd å oppnå noen form for avtale med grossistene når det gjaldt reduseringen av parallellimporten. Det hadde ifølge Førsteinstansdomstolen verken blitt bevist at det var kommet krav fra Bayer til grossistene om å opptre på en bestemt måte i forhold til produktenes endelige bestemmelsessted, at Bayer hadde overvåket produktene for å ha oversikt over hvor de faktisk havnet, at de hadde gjort leveringene avhengig av at grossistene imøtekom et eventuelt eksportforbud eller at grossistene hadde blitt truet med sanksjoner. Det vil si at det eneste som ble ansett bevist var at Bayer hadde innført et salgskvotumsystem for å redusere parallellimporten, men dette hadde Bayer selv innrømmet så det var derfor ikke noe tema i dommen. I tillegg ble det ansett bevist at grossistene hadde prøvd å få inn størst mulig kvanta av produktet så de kunne fortsette med parallellimporten. Når dette ble funnet bevist, kunne ikke

¹¹⁴ Ibid. premiss 69.

Kommisjonen hevdde at grossistene hadde stilltiende akseptert Bayers politikk.

Førsteinstansdomstolen uttalte:

”The proof of an agreement between undertakings within the meaning of article 85(1) [nå 81(1)] must be founded on the direct or indirect finding of the existence of the subjective element that characterises the very concept of an agreement, that is to say a concurrence of wills between economic operators on the implementation of a policy, [...], irrespective of the manner in which the parties’ intention to behave on the market in accordance with the terms if that agreement is expressed,”¹¹⁶.

Dette innebar at:

“[t]he Commission misjudges that concept of the concurrence of wills in holding that the continuation of commercial relations with the manufacturer when it adopts a new policy, which it implements unilaterally, amounts to acquiescence by the wholesalers in that policy, although their de facto conduct is clearly contrary to that policy”¹¹⁷.

Når det gjaldt rettspraksisen som Kommisjonen støttet seg til, kom Førsteinstansdomstolen til at ingen av dommene som det ble referert til kunne være til støtte for at det forelå en avtale mellom Bayer og grossistene.¹¹⁸ Til slutt forsøkte Kommisjonen å argumentere for at parallellimport verken burde bli hindret av statlige tiltak eller av avtaler mellom foretak, og støttet seg til rettspraksis fra rettsområdet for fri flyt av varer. Kommisjonen prøvde å anvende konkurransereglene som et middel til å fylle det hullet som var skapt i

¹¹⁵ Ibid. premiss 72.

¹¹⁶ Ibid. premiss 173.

¹¹⁷ Ibid. premiss 173.

¹¹⁸ Ibid. premiss 171.

prisharmoniseringen på legemiddelområdet.¹¹⁹ Dette var ifølge Førsteinstansdomstolen ikke mulig, og domstolen uttalte at:

*”it is not open to the Commission to attempt to achieve a result, such as the harmonisation of prices in the medicinal products market, by enlarging or straining the scope of Section 1 (“Rules applying to undertakings”) of Chapter I of Title VI of the Treaty”.*¹²⁰

Kommisjonen anket saken til EF-domstolen. EF-domstolen måtte ta stilling til om en avtale kunne anses for å ha blitt etablert mellom Bayer og grossistene med utgangspunkt i de faktiske forutsetningene som var blitt bevist i Førsteinstansdomstolen.¹²¹ Domstolen slo først fast at det er mulig at en ”avtale” innenfor artikkel 81(1) kan bli sluttet fra partenes opptreden.¹²² Selv om det ikke er nødvendig å bevise en uttrykkelig avtaleinngåelse mellom partene, kreves det imidlertid likevel noe mer enn at den ene parten ensidig innfører et tiltak. EF-domstolen slo fast at:

¹¹⁹ M. Jephcot, *Commentary on Case T41/96 Bayer AG v. Commission*, 2001, European Competition Law Review, side 475. EF-domstolen var enig med førsteinstansretten i at det å bruke konkurransereglene til å fremme markedsintegrasjon på denne måten brøt med prinsippene og det generelle systemet i EF-traktaten, og Kommisjonens argument fikk derfor ikke gjennomslag, Forende saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23, premiss 70. Det har blitt reist spørsmålsteget ved grensen mellom artikkel 28-30 og artikkel 81-82, og i C-281/98 *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000] E.C.R. I-4139 holdt EF-domstolen muligheten åpen for at artikkel 28 ikke bare kunne gjelde for statlige tiltak, men også for foretak. EF-domstolen avviste imidlertid at dette var en mulighet i *Bayer*. Se M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers’ right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, European Competition Law Review, note 9.

¹²⁰ T-41/96, *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, [2001], E.C.R. 735, premiss 179.

¹²¹ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sakene C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer*, avsnitt 47, se også Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23, premiss 47.

¹²² Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23, premiss 100.

”such an agreement cannot be based on what is only the expression of a unilateral policy of one of the contracting parties, which can be put into effect without the assistance of others. To hold that an agreement prohibited by Art.85(1) [nå 81(1)] of the Treaty may be established simply on the basis of the expression of a unilateral policy aimed at preventing parallel imports would have the effect of confusing the scope of that provision with that of Art.86 [nå 82] of the Treaty.”¹²³

Videre gjorde domstolen rede for hva som faktisk må til i slike tilfeller for at en avtale kan anses som sluttet:

“For an agreement within the meaning of [i dag artikkel 81(1)] of the Treaty to be capable of being regarded as having been concluded by tacit acceptance, it is necessary that the manifestation of the wish of one of the contracting parties to achieve an anticompetitive goal constitute an invitation to the other party, whether express or implied, to fulfil that goal jointly, and that applies all the more where, as in this case, such an agreement is not at first sight in the interest of the other party, namely the wholesalers.”¹²⁴

EF-domstolen slo fast at for at handlinger skal anses som en del av samarbeidskriteriet i artikkel 81(1), må disse handlingene minst motta et stilltiende samtykke fra den andre parten. Det er som nevnt ovenfor ikke nok at bare den ene parten handler ensidig. For at en handling skal anses for å ha blitt stilltiende akseptert, må det komme en uttrykkelig eller stilltiende ”invitasjon” fra den andre parten om å oppnå målet sammen. Den ene parten må med andre ord ha kommet med et tilbud for at den andre parten skal kunne akseptere. Dette viser tilbake på den opprinnelige definisjonen av en ”avtale” som jeg gjorde rede for innledningsvis i punkt 1.3.1, og hvilke krav som stilles for at en ”avtale” skal anses for inngått. Det er dette poenget EF-domstolen fremhever i avsnittet ovenfor. Dette er også

¹²³ Ibid. premiss 101.

¹²⁴ Ibid. premiss 102.

fremhevet av Generaladvokat Tizzano, som uttaler at det avgjørende for at det i *Sandoz* ble fastslått at en avtale var inngått, var det faktum at Sandoz hadde kommet med et krav til sine kunder, noe som gjorde det mulig for retten å finne et stilltiende samtykke av disse kravene.¹²⁵ Uten et krav eller tilbud fra den ene parten, kan den andre parten umulig akseptere, og det var dette som var tilfelle i *Bayer*.

EF-domstolen var enig med Førsteinstansdomstolen i at den rettspraksis som Kommisjonen hadde støttet seg på, ikke kunne begrunne at grossistene hadde akseptert Bayers politikk og at det derfor skulle være inngått en avtale i denne saken. Domstolen slo i denne sammenheng fast at:

”[t]he mere concomitant existence of an agreement which is in itself neutral and a measure restricting competition that has been imposed unilaterally does not amount to an agreement prohibited by that provision[Art.81]. Thus, the mere fact that a measure adopted by a manufacturer, which has the object or effect of restricting competition, falls within the context of continuous business relations between the manufacturer and its wholesalers is not sufficient for a finding that such an agreement exists.”¹²⁶

Igjen fremhever domstolen at det skal noe mer til enn bare en ensidig handling fra produsenten sin side, selv om produsenten og grossistene har et langvarig forretningsforhold mellom seg.

Bayer må sies å være den viktigste og mest prinsipielle avgjørelsen i forhold til skillet mellom ensidige handlinger og samarbeid, og dommen har vidtrekkende konsekvenser for fastsettelsen av dette skillet. Dommen slår fast at ensidige handlinger ikke kan komme inn

¹²⁵ Generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i sakene C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer*, avsnitt 60.

¹²⁶ Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23, premiss 141.

under samarbeidskriteriet i artikkel 81(1) (og konkurranseloven § 10 første ledd), og fastslår at det må etableres et samtykke fra den annen part for at partenes opptreden skal kunne danne grunnlag for en ”avtale”. Videre fastslår *Bayer* at det må identifiseres en sammenfallende vilje mellom partene for at tilsynelatende ensidige handlinger skal kunne komme inn under samarbeidskriteriet i artikkel 81(1), og dette er et absolutt vilkår for at partenes opptreden skal komme inn under anvendelsesområdet for artikkel 81 (og konkurranseloven § 10). På denne måten klargjorde *Bayer* rekkevidden av samarbeidskriteriet i forhold til ensidige handlinger. Til en viss grad vil dette også være relevant for det som er drøftet ovenfor i del 3, på den måten at vilkåret om en sammenfallende vilje mellom partene er et felles vilkår for grensen mot ensidige handlinger. Dette utdypes under oppsummeringen i del 5.

4.4 Regler og momenter som kan utledes av rettspraksis

I tilfeller der man ikke har en overordnet avtale som kan hjemle handlingen, blir spørsmålet om det på bakgrunn av partenes opptreden kan fastslås at en avtale er sluttet. På bakgrunn av den rettspraksis som er gjennomgått ovenfor kan det utledes visse regler og faste momenter som er med på å avgjøre om en tilsynelatende ensidig handling faller inn under samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd i slike tilfeller. I det følgende vil det bli redegjort for hvilke faste regler og momenter som vil være avgjørende i denne vurderingen.

4.4.1 Tilbud og aksept

At det må identifiseres en eller annen form for tilbud og aksept for at en avtale kan anses inngått, gjelder i alle tilfeller, ikke bare i forhold til samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd. I *Bayer* ble det fastslått at det er et absolutt vilkår for at en tilsynelatende ensidig handling skal falle inn under samarbeidskriteriet, at det kan identifiseres en sammenfallende vilje mellom partene.¹²⁷ Denne sammenfallende viljen finner man ved å

¹²⁷ T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2001], E.C.R. 735, premiss 66.

identifisere en eller annen form for tilbud og aksept mellom partene, og dette kan være gitt uttrykkelig eller stilletende.¹²⁸ I *Konica*¹²⁹ ble det fastslått av Kommisjonen at når Konica sendte ut informasjon til sine forhandlere der de ba om at forhandlerne sluttet å eksportere, var dette et tilbud fra Konica som forhandlerne aksepterte ved å følge Konicas krav.¹³⁰ Kommisjonen identifiserte dermed et tilbud og en aksept mellom partene, og fastslo at det forelå en avtale.¹³¹

Årsaken til at tilbudet eller aksepten er gitt spiller ingen rolle. I *Hasselblad*¹³² hevdet distributørene til en svensk kameraprodusent at de hadde imøtekommet produsentens krav om å stoppe parallellimporten fordi de var under et sterkt press fra produsenten. Dette var ifølge Kommisjonen irrelevant så lenge det ble fastslått at det faktisk var inngått et samarbeid mellom partene¹³³, og EF-domstolen opprettholdt Kommisjonens beslutning. Det vil si at partene ikke trenger å ha identiske interesser i utfallet av avtalen for at samarbeidskriteriet skal være oppfylt, så lenge det kan identifiseres en sammenfallende vilje mellom partene i å få gjennomført avtalen.¹³⁴

Det må minst foreligge en stilltiende aksept fra den andre parten for at handlingene skal komme inn under samarbeidskriteriet¹³⁵, men det er noe usikkert hva som skal til for at en part skal anses for å ha stilltiende akseptert. I *Sandoz* fant EF-domstolen at kundene hadde stilltiende akseptert eksportforbudet som var gitt av Sandoz fordi de aldri protesterte på det. Hvis man skulle tolke dette vidt kan det tyde på at ren passiv atferd fra partenes side kan

¹²⁸ O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law*, 2006, side 61.

¹²⁹ IV/31.503, *Konica*, O.J. [1988] L 78/34.

¹³⁰ Ibid. punkt 36 i avgjørelsen.

¹³¹ R.Whish, *Competition Law*, 2003, side 104.

¹³² Sak 86/82 *Hasselblad (GB) Limited v. Commission* [1984], E.C.R. 883.

¹³³ Se Kommisjonens beslutning 82/367, IV/25.757, [1982] OJ L161/18.

¹³⁴ M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, European Competition Law Review, side 134.

¹³⁵ Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23, premiss 102.

utgjøre en stilltiende aksept. Det er imidlertid slått fast i *Bayer* at kun en fortsettelse av forretningsforholdet på tross av kunnskapen om produsentens handlinger, ikke er nok i seg selv til å fastslå at det foreligger en avtale.¹³⁶ Det fremkommer av *Bayer* at det avgjørende i disse tilfellene er om det er kommet noe tilbud fra produsenten. Det ble ikke bevist i *Bayer* at produsenten hadde oppfordret grossistene til ikke å eksportere, og derfor var det aldri kommet noe tilbud fra dem som grossistene kunne akseptere. I *Sandoz* derimot skrev produsenten ”Eksport forbudt” på alle fakturaene som ble sendt ut til kundene, og dette ble av domstolen sett på som et tilbud. EF-domstolen kunne derfor konkludere med at kundene hadde stilltiende akseptert ved å fortsette forretningsforholdet på tross av eksportforbudet, uten å protestere.¹³⁷ På bakgrunn av rettspraksis kan det derfor fastslås at hvis det kan identifiseres et tilbud fra den ene parten, så kan dette tilbudet bli ansett for å være stilltiende akseptert av den andre parten på bakgrunn av dennes passivitet. Man må likevel være forsiktig med å fastsette generelt gjeldende momenter i dette tilfellet, fordi det i *Bayer* for det første ikke ble funnet bevist at Bayer hadde innført et eksportforbud, og for det andre ble det påvist at grossistene aktivt prøvde å få inn flere varer så de kunne fortsette parallelleksporten. Dette var ikke tilfellet i *Sandoz*, og det er klart at det derfor skulle mye mer til for å kunne etablere et samarbeid i *Bayer* enn i *Sandoz*.

Det har blitt hevdet at et stilltiende samtykke kan etableres selv om det ikke kan identifiseres et tilbud fra produsenten.¹³⁸ Hvis dette skal være tilfelle må i så fall partene ha felles interesser, det vil si at begge partene må ha en intensjon om å for eksempel stoppe parallelleksporten fordi dette vil være i begges interesse.¹³⁹ I *Bayer* var det et spørsmål om grossistene delte Bayers intensjon om å hindre parallellimporten¹⁴⁰, og hvis et stilltiende

¹³⁶ T-41/96, *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, [2001], E.C.R. 735, premiss 173.

¹³⁷ Sak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission* [1990], E.C.R. I-45, paragraf 1 i oppsummeringen av dommen.

¹³⁸ J.Faull og A.Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2007.

¹³⁹ Ibid., avsnitt 3.78, side 204.

¹⁴⁰ Forenede saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer* [2004], E.C.R. I-23, premiss 112-124.

samtykke fra grossistene ikke var mulig uten et tilbud fra produsenten ville det ikke vært nødvendig for EF-domstolen å stille seg dette spørsmålet. På denne måten kan *Bayer* forstås slik at det ville være nok at grossistene ga produsenten et inntrykk av at de var med på produsentens politikk og at de derfor utad hadde samme intensjoner. EF-domstolen legger imidlertid vekt på grossistenes virkelige intensjoner, og ikke hva de ga uttrykk for overfor Bayer¹⁴¹. Det er også slått fast innledningsvis av Førsteinstansdomstolen i *Bayer* at det er den korrekte avspeiling av partenes vilje som er det avgjørende for om en avtale skal anses sluttet.¹⁴² Derfor er det tvilsomt om EF-domstolen vil godta at et stilltiende samtykke skal ha blitt gitt uten at det er identifisert noe tilbud fra produsenten, og bare på bakgrunn av at det utad kan virke som om partene har en felles intensjon i å gjennomføre den politikken produsenten fører. Domstolen vil heller legge vekt på partenes virkelige interesser i å få politikken gjennomført, og når disse, som i *Bayer*, ikke samsvarer med hverandre, vil det ikke kunne etableres en ”avtale” mellom partene uten at et tilbud fra produsenten er identifisert.¹⁴³

Det knytter seg en del usikkerhet til hva som egentlig kan utgjøre et stilltiende samtykke fra den andre parten, og det er behov for avklaring i rettspraksis på dette punktet. Det er imidlertid klart at når man skal avgjøre om en tilsynelatende ensidig handling faller inn under samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd, må det foreligge en sammenfallende vilje mellom partene som i utgangspunktet identifiseres gjennom et tilbud og en aksept. Dette må anses som en fast regel som er etablert i rettspraksis.

¹⁴¹ Ibid. premiss 121-124.

¹⁴² T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2001], E.C.R. 735, premiss 66.

¹⁴³ J.Faull og A.Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2007, avsnitt 3.78, side 204.

4.4.2 Nødvendigheten av samarbeid

I *Bayer* ble det fremhevet av EF-domstolen at en ”avtale” under artikkel 81(1) ikke kan basere seg på en ensidig politikk som kan gjennomføres av den ene parten uten den andre partens hjelp.¹⁴⁴ Dette viser at produsentens behov for å samarbeide med sine forhandlere eller grossister er et viktig moment i vurderingen av handlingens ensidige karakter. Hvis det viser seg at produsenten ikke kan få gjennomført sine konkurransebegrensende tiltak uten hjelp fra forhandlerne, noe som var tilfellet i *Tipp-Ex*, er dette en sterk indikator på at de tilsynelatende ensidige handlingene må anses som en del av et samarbeid. Dette momentet henger nøye sammen med drøftelsen ovenfor om tilbud og aksept. Hvis den ene parten er avhengig av den andre partens hjelp for å få gjennomført tiltaket, vil det som oftest kunne identifiseres en eller annen form for tilbud fra denne parten. Men i tilfeller hvor dette ikke kan påvises på grunn av bevissspørsmål, vil dette momentet være en viktig faktor i vurderingen. Dette momentet kan imidlertid ikke være avgjørende i seg selv, da det som nevnt ovenfor i punkt 4.4.1 er et absolutt vilkår at det foreligger en sammenfallende vilje mellom partene, og man må derfor også påvise at den andre parten har akseptert tilbudet fra produsenten.

Nødvendigheten av samarbeid fra den andre parten illustrerer også at kommunikasjon er et vesentlig moment i vurderingen av om handlingene faller inn under samarbeidskriteriet eller ikke. I *Bayer* ble det ikke bevist at det hadde skjedd noe kommunikasjon fra Bayer til grossistene om hva deres fordelingspolitikk gikk ut på. Dermed kunne det heller ikke bevises at det hadde blitt gitt et tilbud til grossistene. Dette var i sin tur et bevis på at Bayer ikke var avhengig av grossistenes samarbeid for å få gjennomført sitt salgskvotumsystem. I *Tipp-Ex* derimot ble det funnet flere telekser som var sendt fra *Tipp-Ex* til forhandlerne, og i tillegg ble det bevist at de hadde hatt et møte hvor *Tipp-Ex* sitt syn på parallelleksporten ble diskutert. Her var det klart en kommunikasjon fra produsenten som førte til at det kunne identifiseres et tilbud fra dem, som igjen viste at de var avhengige av forhandlerne hjelp for å få en slutt på parallelleksporten. Dette illustrerer at en påviselig kommunikasjon

¹⁴⁴ Ibid., premiss 101.

mellom partene som omhandler den konkurransebegrensende atferden har stor betydning i vurderingen av om det kan etableres en sammenfallende vilje mellom dem, og i vurderingen av om den ene parten er avhengig av den andre partens samarbeid for å kunne gjennomføre sin politikk.

4.4.3 Sanksjoner

Et annet moment som kan ha betydning i vurderingen av om partene ved sin opptreden kan sies å ha inngått en ”avtale”, er om produsenten har innført sanksjoner mot de distributørene som ikke følger deres politikk. Hvis det kan påvises at produsenten har opprettet et slikt sanksjonssystem, er dette et sterkt moment for at de tilsynelatende ensidige handlingene må anses som et samarbeid mellom partene.¹⁴⁵ Grunnen til dette er at hvis det foreligger trusler om sanksjoner, vil distributørene ha en interesse i å gjennomføre det produsenten har planlagt. Trusselen om en sanksjon kan ses på som et tilbud fra produsenten om å velge enten å følge produsentens politikk, eller å bli sanksjonert. Når distributøren velger det første av frykt for sanksjoner, har han samtidig akseptert produsentens politikk. Det kan derfor lettere identifiseres en sammenfallende vilje i å få gjennomført tiltakene. Det er likevel viktig å understreke at dette momentet alene ikke kan påvise at et samarbeid mellom partene eksisterer. Dette momentet er avhengig av at også andre momenter er til stede. Det er for eksempel ikke mulig å ha et sanksjonssystem uten at dette er kommunisert til den andre parten. Hvis det imidlertid kan påvises at et slikt sanksjonssystem er kommunisert til den andre parten vil dette samtidig være en indikator på at det er gitt et tilbud fra produsenten og at produsenten er avhengig av den andres samarbeid for å få gjennomført sin politikk.

Slike sanksjoner kan eksempelvis være å øke prisene eller å fjerne rabatter. I *Tipp-Ex* kuttet produsenten i rabattene til forhandleren, og dette ble ansett for å innebære sanksjoner mot

¹⁴⁵ M. Broberg og P.S. Jacobsen, *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, 2002, *European Competition Law Review*, side 134-135.

disse. I *Bayer* derimot var det innført et generelt salgskvotumsystem basert på objektive kriterier, og det kunne derfor ikke bevises at grossistene hadde blitt utsatt for et sanksjonssystem.¹⁴⁶

Hvis det kan påvises at det er innført et sanksjonssystem, vil det ofte også kunne påvises et overvåkningssystem som produsenten har innført for å finne ut hvilke distributører som følger hans politikk og ikke. Kan det påvises at et slikt system er innført av produsenten, vil dette også kunne være et moment for at det må anses å foreligge et samarbeid mellom partene. I *National Panasonic*¹⁴⁷ ble et slikt overvåkningssystem påvist i sammenheng med trusler om sanksjoner for de forhandlerne som fortsatte å eksportere. Det ble bevist at produsenten overvåket sine forhandlere i Storbritannia for å finne ut hvem av dem som eksporterte videre. Når disse i sin tur ble sanksjonert hvis de eksporterte videre, ble det slått fast at produsentens handlinger ikke var ensidige, men en del av et samarbeid med forhandlerne. I *Bayer* ble derimot en slik overvåkning ikke funnet bevist, i tillegg til at det ikke var påvist noe sanksjonssystem rettet mot grossistene. Dette var momenter som var med på å bevise at Bayers handlinger måtte anses som ensidige, og at handlingene ikke kunne være en del av et samarbeid med grossistene.

¹⁴⁶ Ibid., side 135.

¹⁴⁷ IV/30.070, *National Panasonic*, OJ 1982 L354/28.

5 Oppsummering

5.1 Felles regler og momenter

Rettspraksis har med *Bayer* og *Volkswagen II* fastslått at det går en grense mellom samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd og ensidige handlinger. Selv om det ovenfor har blitt skilt mellom handlinger som faller innenfor samarbeidskriteriet fordi de er avtalehjemlede og handlinger som faller innfor samarbeidskriteriet på bakgrunn av partenes opptreden, kan det fastsettes flere regler og momenter som gjelder felles for begge tilfellene. Dette skillet er derfor, som nevnt i del 2, ikke absolutt i den forstand at regler og momenter som har betydning for vurderingen i det ene tilfellet ikke også kan ha betydning for vurderingen i det andre tilfellet. For eksempel var et av momentene som fikk betydning for utfallet i *AEG* også viktig for utfallet i *Sandoz*. I *AEG* la domstolen vekt på at det var innført en systematisk politikk av produsenten. Dette var også et viktig moment i *Sandoz*. I *Sandoz* uttalte domstolen at en slik systematisk og uniform praksis måtte være en del av det generelle rammeverket av et forretningsforhold som forelå mellom Sandoz og kundene og dermed en ”avtale”.¹⁴⁸ Dommene gir et eksempel på at regler og momenter som har betydning i den ene vurderingen også kan få betydning i den andre vurderingen.

Uansett om handlingen anses som hjemlet i en overordnet avtale eller ikke, vil det etter rettspraksis alltid kreves en sammenfallende vilje mellom partene. Dette ble fastslått i *Bayer* som et absolutt vilkår for at handlingene skal komme inn under samarbeidskriteriet i EF-traktatens artikkel 81(1). I tillegg må det i alle tilfeller kunne identifiseres et tilbud og en aksept mellom partene. Det ble fastslått i *Volkswagen II* og *Bayer* at det i hver enkelt sak må påvises et uttrykkelig eller stilltiende samtykke fra den annen part hvis handlingene skal komme inn under samarbeidskriteriet. Hvis et slikt samtykke ikke kan påvises, hjelper det ikke at det foreligger et selektivt salgssystem med en overordnet forhandleravtale som styrer forholdet mellom partene og et eksportforbud som er ensidig innført av produsenten. Samtykket til produsentens politikk eller handlinger er et absolutt vilkår for at

¹⁴⁸ Sak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission* [1990], E.C.R. I-45, premiss 7-12.

samarbeidskriteriet skal anses oppfylt. I *Opel Nederland* ble det slått fast at også et tilbud må identifiseres for å kunne anse handlingene som en del av et samarbeid, og i *Bayer* ble det slått fast at for at et samtykke skal være ansett for gitt, er det avhengig av et tilbud fra den andre parten.

I tillegg vil det, som nevnt i avsnittet ovenfor, også kunne ha betydning under begge tilfellene om produsenten driver en systematisk politikk. Innføring av sanksjonssystemer og overvåkningssystemer som nevnt i punkt 4.4.3 vil også kunne få betydning som momenter i vurderingen av situasjoner der man har en overordnet avtale som kan hjemle handlingene. Disse momentene vil da måtte vurderes i sammenheng med den overordnede avtalen. Se *BMW*, under punkt 3.1, der innføringen av sanksjoner var et moment for at handlingene ikke var ensidige, men en del av et samarbeid.

5.2 Stilltiende aksept – fortsatt uklart

Det som imidlertid forblir noe uklart er hva som kan utgjøre en stilltiende aksept fra den andre parten. Denne usikkerheten gjelder for begge situasjonene som er drøftet under del 3 og 4. Som nevnt i punkt 4.4.1 er det ut i fra rettspraksis fortsatt noe usikkert hvor grensen går i tilfeller hvor parten ikke uttrykkelig har akseptert den andre partens tilbud, men forholdt seg passiv og ikke protestert på det. Måten EF-domstolen skiller mellom *Sandoz* og *Bayer* kan tyde på at passiv opptreden er tilstrekkelig til å utgjøre en aksept. I *Bayer* la domstolen vekt på grossistenes uttrykkelige forsøk på å motarbeide produsentens politikk, noe som støtter antagelsen om at passiv opptreden er tilstrekkelig.¹⁴⁹ På den annen side ble det slått fast i *Bayer* at bare det faktum at den andre parten fortsetter å handle med produsenten, ikke kan være nok til å utgjøre en aksept. Dessuten var det mange andre momenter i *Bayer* som fikk avgjørende betydning for at samarbeidskriteriet ikke ble ansett for å være oppfylt. Det vil si at dommen ikke kan være avgjørende for avklaringen av hva som utgjør en stilltiende aksept. Rettstilstanden i dag er for usikker til at det kan gis noe klart svar på dette punktet, og det kan være at dette skillet vil utvikle seg videre i

¹⁴⁹ J.Faull og A.Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2007, avsnitt 3.82, side 205

rettspraksis i fremtiden. Jeg tror at det i visse tilfeller vil kunne være nok med en passiv opptreden, hvis andre momenter støtter opp om at det foreligger et samarbeid. Hvis det imidlertid er klart at forhandlerne uttrykkelig har motsatt seg politikken, vil det etter min mening være å gå for langt i tolkningen av samarbeidskriteriet å si at disse har akseptert politikken ved å ikke bryte forretningsforholdet med produsenten.

Kommisjonen har indikert, etter at *Bayer* ble avsagt, en motvilje mot å godta at det foreligger ensidig atferd og ikke samarbeid bare på bakgrunn av at distributøren i praksis ikke godtar produsentens anmodninger.¹⁵⁰ I en avgjørelse fra Kommisjonen avsagt i 2006¹⁵¹ var det klart at distributøren, på tross av en forsikring til produsenten at den skulle slutte med parallelleksporten, fortsatte å eksportere varer. Produsenten hevdet derfor at distributøren ikke kunne anses for å ha samtykket med politikken, men Kommisjonen avviste dette og uttalte at det faktum at distributøren faktisk fortsatte å eksportere utelukket ikke den forsikringen den hadde gitt utad til produsenten.¹⁵² Det vil si at Kommisjonen her ikke godtar synspunktet i *Bayer* om at aksepten avhenger av den andre partens faktiske ønsker og intensjoner. Dette kan tyde på at Kommisjonen vil fortsette å utfordre hva som utgjør en stilltiende aksept. I forhold til *Bayer* må det understrekes at det i Kommisjonens avgjørelse fra 2006 ble bevist av Kommisjonen at produsenten hadde overvåket varene og aktivt innhentet informasjon om distributørenes parallelleksport. Når produsenten fant ut at parallelleksport foregikk gikk produsenten til distributørene for hjelp og i visse saker ble distributørene truet med kutt i leveransene hvis det viste seg at de ikke samarbeidet. Avgjørelsen ble ikke brakt videre av noen av partene. Resultatet i Kommisjonens avgjørelse kan derfor til en viss grad forenes med *Bayer* da flere av forutsetningene som ikke ble ansett bevis i *Bayer* ble funnet bevist av Kommisjonen i avgjørelsen fra 2006. Likevel gir avgjørelsen en indikasjon på at begrepet stilltiende aksept ikke er avklart i forhold til samarbeidskriteriet og grensen mot ensidige handlinger.

¹⁵⁰ C.Stothers, *Parallel Trade in Europe*, 2007, side 163.

¹⁵¹ COMP/37.980, *Souris/TOPPS*, 2006/895, OJ L353/5.

¹⁵² *Ibid.* punkt 106.

6 Litteraturliste

Bøker:

Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6. utg., London, 2008.

Faull, Jonathan og Ali Nikpay (red.): *The EC Law of Competition*, Oxford, 2. utg., Brussel og London, 2007.

Gisle, Jon: *Jusleksikon*, Kunnskapsforlaget, 2. utg., Oslo, 2002.

Jones/Sufrin: *EC Competition Law*, Oxford, 3. utg., New York, 2008.

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal: *Norsk Konkurranserett, Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget, Oslo, 2006.

Odudu, Okeoghene, *The Boundries of EC Competition Law*, Oxford, New York, 2006.

Sejerstad, Fredrik m.fl.: *EØS-rett*, Universitetsforlaget, 2. utg., Oslo, 2004.

Stothers, Christopher, *Parallel Trade in Europe*, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

Whish, Richard, *Competition Law*, Lexis Nexis, 5. utg., London, 2005.

Wijckmans, Frank, Filip Tuytschaever og Alain Vanderelst: *Vertical Agreements in EC Competition Law*. Oxford, New York, 2006.

Artikler:

Broberg, Morten og Peter Stig Jacobsen: *The concept of agreement in Article 81 E.C.: on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*. I: European Competition Law Review, 2002, side 127-141.

Brown, Christopher, *Bayer v. Commission: the ECJ agrees*. I: European Competition Law Review, 2004, side 386-389.

Ferro, Miguel Sousa, *Reassessing borders between agreements and unilateral practices after case C-74/04, Volkswagen II*. I: European Competition Law Review, 2007, side 205-209.

Jephcot, Mark, *Commentary on case T-41/96 Bayer AG v. Commission*. I: European Competition Law Review, 2001, side 469-476.

Lidgard, Hans Henrik, *Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?*. I: European Competition Law Review, 1997 side 352-360.

Lovgivning:

EU: Traktat om opprettelse av det europeiske felleskap, artikkel 81 og 82.

EØS: Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), artikkel 54 og 53.

Norsk lovgivning: Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), av 5. mars 2004 nr. 12, §§ 10 og 11.

Forarbeider:

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

Avgjørelser fra EF-domstolen:

Sakene 56 og 58/64, *Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkauf-GmbH v. Commission*. Inntatt i European Court Reports (ECR) 1966 på side 299.

Sakene 48, 49 og 51-57/69, *ICI v. Commission*. E.C.R. 1972 s. 619.

Sakene 40-48, 50, 54-56, 111 og 113-114/73, *Re the European Sugar Cartel: Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v. Commission*. E.C.R. 1975 s. 1663.

Sak 26/76, *Metro v. Commission*. E.C.R. 1977 s. 1875.

Sak 28/77, *Tepea v. Commission*. E.C.R. 1978 s. 1391.

Sakene 32 og 36-82/78, *BMW Belgium and others v. Commission*. E.C.R. 1979 s. 2435.

Sakene 209-215 og 218/78, *Heintz Van Landewyck v. Commission*. E.C.R. 1980 s. 3125.

Sakene 100-103/80, *Musique Diffusion Française v. Commission*. E.C.R. 1983 s. 1825.

Sak 172/80, *Züchner v. Bayerische Vereinsbank*. E.C.R. 1981 s. 2021.

Sak 86/82, *Hasselblad (GB) Limited v. Commission*. E.C.R. s. 833.

Sak 96/82, *IAZ International Belgium NV v. Commission*. E.C.R. 1983 s. 2117.

Sak 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission*. E.C.R. 1983 s. 3151.

Sakene 25 og 26/84, *Ford-Werke and Ford of Europe Inc v. Commission*. E.C.R. 1985 s. 2575.

Sakene 89, 114 og 125-129/85, *Ahlström Osaakeyhtiö v. Commission*. E.C.R. 1993 s. I-1307.

Sak 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission*. E.C.R. 1990 s. I-45.

Sak 297/87, *Tipp-Ex v. Commission*. E.C.R. 1990 s. I-261.

Sak C-49/92, *ANIC v. Commission*. E.C.R. 1999 s. I-4125.

Sak C-199/92 P, *Hüls AG v. Commission*. E.C.R. 1999 s. I-4287.

Sak C-281/98, *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*. E.C.R. 2000 s. I-4139.

Sak C-338/00 P, *Volkswagen AG v. Commission*. E.C.R. 2003 s. I-9189.

Sakene C-2 og -3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer*. E.C.R. 2004 s. I-23.

Sak C-74/04 P, *Volkswagen AG v. Commission*. E.C.R. 2006 s. I-6585.

Avgjørelser fra førsteinstansdomstolen:

Sak T-43/92, *Dunlop Slazenger International v. Commission*. E.C.R. 1994 s. II-441.

Sak T-305/94, *NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission*. E.C.R. 1999 s. II-931.

Sakene T-25/95 etc., *Cimenteries v. Commission*. E.C.R. 2000 s. II-491.

Sak T-41/96, *Bayer AG v. Commission*. E.C.R. 2000 s. II-3383.

Sak T-62/98, *Volkswagen AG v. Commission*. E.C.R. 2000 s. II-2707.

Sak T-368/00, *General Motors BV and Opel Nederland BV v. Commission*. E.C.R. 2004 s. II-4491.

Sak T-208/01, *Volkswagen AG v. Commission*. E.C.R. 2003 s. II-5141.

Sak T-44/02, *Dresdner Bank v. Commission*. E.C.R. 2006 s. II-3567.

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten:

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i saker 209-215 og 218/78, Heintz Van Landewyck v. Commission. SC: Opinion of Mr. Advocat General Reischl, delivered on 30. October 1978. Inntatt i E.C.R. 1978 på side 3310.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 107/82, AEG-Telefunken v. Commission. SC: Opinion of Mr. Advocat General Reischl, delivered on 25. October 1983. Inntatt i E.C.R. 1983 på side 3152.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 2 og 3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel Importeure v. Bayer. SC: Opinion of Mr. Advocat General Tizzano, delivered on 22. May 2003.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 74/04, Commission v. Volkswagen AG. SC: Opinion of Mr. Advocat General Tizzano, delivered on 17. November 2005.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

Sak E-3/97,

Anmodning til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Nedre Romerike herredsrett i saken for denne domstol mellom Jan Kristian Jæger AS støttet av Norges Bilbransjeforbund og Opel Norge AS om tolkingen av EØS-avtalen artikkel 53.

Avgjørelser fra Kommisjonen:

Commission Decision 80/702, Johnson & Johnson, IV/29.702.

Inntatt i Official Journal L 377 s. 16.

Commission Decision 82/367, Hasselblad, IV/25.757.

Inntatt i O.J. L 161 s. 18.

Commission Decision 82/853, National Panasonic, IV/30.070.

Inntatt i O.J. L 354 s. 28.

Commission Decision 88/172, Konica, IV/31.503.

Inntatt i O.J. L 78 s. 34.

Commission Decision 94/599, PVS, IV/31.865.

Inntatt i O.J. L 239 s. 14.

Commission Decision 2003/675, Video Games, Nintendo Distribution, COMP/36.321.

Inntatt i O.J. L 255 s. 33.

Commission Decision 2006/895, Souris/TOPPS, COMP/37.980.

Inntatt i O.J. L 353 s. 5.

